



UNIVERSITÀ DI PISA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

LA MEDIAZIONE C.D. OBBLIGATORIA. EVOLUZIONE NORMATIVA.

RELATORE:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Angela ZUMPANO

CANDIDATO:

Fabio PELLEGRINI

ANNO ACCADEMICO 2014 – 2015

Alla mia famiglia

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI ED EVOLUZIONE DELLA MEDIA-CONCILIAZIONE.....	9
--	---

1. La conciliazione giudiziale e stragiudiziale nella storia (<i>cenni</i>).....	9
2. (<i>Segue</i>) La conciliazione all'epoca delle codificazioni nazionali.....	13
3. Il tentativo obbligatorio di conciliazione negli ultimi decenni.	24
3.1 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di contratti agrari a seguito della Legge 3 maggio 1982, n. 203.	26
3.2 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro a seguito della Legge 11 maggio 1990, n. 108 e del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.29	
3.3 La conciliazione nel “modello Telecom” e il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni a seguito della Legge 31 luglio 1997, n. 249.	366
3.4 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di contratti di subfornitura nelle attività produttive a seguito della Legge 18 giugno 1998, n. 192.	43
4. Considerazioni.	47

CAPITOLO SECONDO

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA NELLE POLITICHE COMUNITARIE, NEGLI ORDINAMENTI DELL'EUROPA CONTINENTALE E NELLA CULTURA GIURIDICA DEL <i>COMMON LAW</i>	50
--	----

1. La mediazione civile negli interventi dell'Unione europea.....	50
1.1. Evoluzione della disciplina comunitaria, con particolare riferimento alle Direttive 2008/52/CE e 2013/11/UE.....	50

1.2 Il carattere impositivo del procedimento di mediazione nei pronunciamenti degli organismi europei: le Risoluzioni del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 e del 25 ottobre 2011, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea "Alassini contro Telecom".....	61
2. L'obbligatorietà della mediazione civile negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale.....	68
2.1 In Germania.....	68
2.2 In Austria.....	69
2.3 In Spagna.....	71
2.4 In Francia.....	73
2.5 In Scandinavia.....	78
2.6 In Europa orientale.....	82
3. L'obbligatorietà della mediazione civile negli ordinamenti giuridici di tradizione anglosassone.....	83
3.1 In Gran Bretagna.....	83
3.2 Negli Stati Uniti d'America.....	86
4. Considerazioni.....	95

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA A SEGUITO DELLE MODIFICHE INTRODOTTE DAL DECRETO LEGGE 21 GIUGNO 2013, N. 69, (C. D. "DECRETO DEL FARE") CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 9 AGOSTO 2013, N. 98.....	97
---	----

1. L'ambito di applicazione e i criteri che hanno guidato la scelta del legislatore.....	97
1.1 La mediazione delle controversie in materia di condominio.....	102
1.2 (<i>Segue</i>) In materia di diritti reali.....	105
1.3 (<i>Segue</i>) In materia di divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia. .	110
1.4 (<i>Segue</i>) In materia di locazione, comodato ed affitto di aziende.....	112

1.5 (<i>Segue</i>) In materia di risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria.....	115
1.6 (<i>Segue</i>) In materia di diffamazione con il mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità.	118
1.7 (<i>Segue</i>) In materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi.	120
2. Il nuovo concetto di obbligatorietà.	123
2.1 L'obbligatorietà nella mediazione disposta dal giudice.	125
2.2 L'obbligatorietà nella mediazione concordata.....	127
3. Profili controversi: il verificarsi della condizione di procedibilità.	130
4. (<i>Segue</i>) La presenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione.	139
 CONCLUSIONI	 147
 ELENCO DELLE FONTI NORMATIVE	 151
 BIBLIOGRAFIA	 159
 SITOGRAFIA.....	 166

INTRODUZIONE

Con il D.Lgs. del 4 marzo 2010, n. 28¹ è stato introdotto nell'ordinamento italiano, in via sperimentale, l'istituto giuridico della mediazione civile obbligatoria. Quello che in passato veniva chiamato "tentativo obbligatorio di conciliazione" e riguardava pochissime tipologie di controversie, con l'intervento sopra indicato è divenuto un procedimento autonomo che a sua volta costituisce una "condizione di procedibilità della domanda giudiziale"² per tutte le materie indicate nel Decreto. Come in ogni procedimento di mediazione, la conduzione è affidata al mediatore, un soggetto terzo e competente, che svolge la sua attività aiutando le parti a raggiungere la conciliazione, senza avere tuttavia alcun protagonismo nell'accordo eventualmente raggiunto.

Lo studio che segue si propone di analizzare l'evoluzione di questo istituto, le criticità e le prospettive future, tenendo presenti le motivazioni che stanno alla base di tale scelta.

La mediazione, intesa come mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, di per sé non ha bisogno di una legislazione speciale ma può benissimo "vivere di vita propria" secondo i principi e le regole del diritto comune come avviene per la negoziazione. In questo senso si comprende meglio anche la somiglianza dei due mezzi di risoluzione, entrambi, infatti, si prefiggono di giungere ad un medesimo obiettivo: un accordo tra le parti in cui i soggetti che lo hanno formato sono anche i destinatari degli effetti dell'atto stesso³. Questo può avvenire, nell'esempio più classico, con il perfezionamento di un contratto di transazione disciplinato agli articoli 1965 e seguenti del Codice civile.

¹ Modificato dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, (cosiddetto "Decreto del fare") convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

² D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, comma I-bis.

³ Sul punto v. Francesco Paolo LUIO, *Diritto processuale civile – La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, settima edizione, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 13 limitatamente al paragrafo "Strumenti autonomi ed eteronomi".

È legittimo dunque chiederci quali siano le motivazioni che hanno mosso il legislatore, dapprima comunitario e poi italiano, ad introdurre misure più cogenti al procedimento di mediazione e a definire più specificamente la sua relazione con il processo civile. Certamente la normativa comune non garantisce appieno l'appetibilità della mediazione⁴ e questo è uno dei motivi dell'intervento legislativo, ma fra le finalità principali, espresse nella Relazione illustrativa, troviamo quella di garantire «una reale spinta deflattiva» al carico giurisdizionale e di «contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie»⁵.

Alla luce di questi obbiettivi che il legislatore si è posto e del conseguente ruolo che la mediazione ha assunto nel processo civile, prima di addentrarci nell'analisi della disciplina, è opportuno fare un'irrinunciabile premessa che riguarda il rapporto tra il regime dell'obbligatorietà imposto dal legislatore e la natura consensualistica dell'accordo conciliativo. In tale rapporto, apparentemente (ma talvolta realmente) contraddittorio, le misure che vincolano la parti in conflitto non dovrebbero mai “costringere” o in qualche modo veicolare la loro scelta, libera e volontaria, di cercare la composizione dei diversi interessi in conflitto. È questa predisposizione delle parti, a cercare di rendere compatibili gli interessi, che costituisce la condizione essenziale per poter individuare una possibile conciliazione. In sintesi, con le parole del Consiglio Superiore della Magistratura, si può osservare che “il tentativo di conciliazione può avere successo solo se sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se svolto per ottemperare ad un obbligo”⁶. Dunque qualsiasi speranza che possiamo nutrire nei confronti di tale istituto non può prescindere da questa disposizione delle parti. Una propensione della propria volontà, un'inclinazione prima di tutto psicologica che, se non fosse presente nelle intenzioni delle parti, potrà essere sì favorita ed agevolata dalla legge, ma mai imposta.

⁴ *Ivi*, pp. 36-37.

⁵ Schema di D.Lgs. - Attuazione dell'art. 60 della L. 69/2009, in materia di mediazione civile e commerciale – Relazione. Il testo è reperibile sul sito internet:
http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.wp?facetNode_1=0_9&previousPage=mg_1_2&contentId=SAN92862

⁶ CSM - Parere allo schema di Decreto legislativo: «Attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali». (*Delibera del 4 febbraio 2010*), § 2.

Questa precisazione ci permette di distinguere due modalità di conduzione del procedimento da parte del mediatore, due approcci cui scaturiscono differenti atteggiamenti delle parti. Si tratta della mediazione cosiddetta facilitativa e della mediazione aggiudicativa⁷. Nella prima il mediatore, mettendo a frutto le sue specifiche competenze, conduce il procedimento adoperando le cosiddette tecniche *ADR (Alternative Dispute Resolution)* cioè ricercando la compatibilità e la soddisfazione degli interessi e dei bisogni sottostanti alle pretese delle parti. Egli stimola la negoziazione senza mai valutare la ragione o il torto e senza procedere ad un accertamento descrittivo del passato. Ne consegue che le parti riconosceranno la differenza della figura del mediatore da quella del giudice e si potranno fiduciosamente aprire alla ricerca di una possibile conciliazione senza il timore di essere poi giudicati in base a quanto abbiano espresso. Nella mediazione aggiudicativa, invece, il mediatore opera sfruttando, se non addirittura abusando, delle misure obbligatorie previste dalla legge. Come un giudice, egli valuta la fondatezza delle pretese e poi procede a formulare una proposta di conciliazione che, se non accettata, può comportare nel processo susseguente le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 13, comma I del D.Lgs. 28/2010, nonché la conoscenza da parte del giudice di informazioni o dichiarazioni rese dalle parti e inserite nella proposta, sebbene inutilizzabili in giudizio ai sensi dell'art. 10, comma I dello stesso Decreto. Ciò causerà nelle parti un atteggiamento teso a difendere le proprie posizioni e ad attaccare quelle altrui come se fossero davanti ad un giudice; esse inoltre, se accetteranno la proposta, lo faranno più per una convenienza in termini di tempo e spese che non di condivisione e piena adesione al contenuto, con una maggiore probabilità che l'accordo non venga rispettato. È evidente che queste due modalità di condurre una mediazione sono antitetiche e presentano caratteristiche che non possono mescolarsi tra loro, al massimo può verificarsi una trasformazione nel corso del procedimento allorquando non si riesca a giungere ad una conciliazione. Ma questo sarebbe in ogni caso da scongiurare perché anche la sola possibilità che accada può indurre le parti ad assumere fin da subito un atteggiamento di tutela della propria posizione e non incline alla negoziazione. Perciò, come è stato rilevato in dottrina, è fondamentale che il mediatore (*rectius* il regolamento dell'organismo di

⁷ Cfr. F. P. LUISO, *Op. cit.*, pp. 28-31.

mediazione prescelto) escluda la possibilità di avanzare una proposta senza che tutte le parti glielo chiedano, affinché le parti possano parlare di bisogni ed interessi senza alcun timore che quanto rivelano al mediatore sarà poi utilizzato contro di loro⁸. Per questi motivi è da preferire la mediazione facilitativa, a questa ci riferiremo nel prosieguo, poiché in essa si sostanzia l'identità stessa della mediazione e la ragione per la quale tale procedimento non avviene dinanzi a un giudice bensì a fianco di un soggetto esperto nella comunicazione e nelle tecniche di *ADR*, che non è chiamato a giudicare nessuno.

Oltre alla mediazione obbligatoria *tout court*, saranno oggetto del presente studio anche altri due tipi di mediazione in cui ritroviamo il carattere dell'obbligatorietà e che differiscono tra loro solo nel momento dell'attivazione. Si tratta della mediazione disposta dal giudice (*ope iudicis*)⁹, disciplinata dall'art. 5, comma II del medesimo Decreto e la mediazione per vincolo negoziale (o "concordata") disciplinata al comma V. Nel primo caso, trovandosi le parti già all'interno di un processo, il tentativo disposto dal giudice costituisce una condizione alla prosecuzione della causa, nonché «una condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello». Nel secondo, invece, la via della mediazione era stata scelta preventivamente dalle parti, che avevano inserito un'apposita clausola nel contratto, statuto, o atto costitutivo. La norma, che avvalora la clausola, prevede che nel caso di un eventuale procedimento, se «il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte», dispone un rinvio per permettere la mediazione.

Infine occorre accennare alla recente evoluzione che ha avuto la disciplina, specialmente a causa della dichiarazione di illegittimità costituzionale avvenuta con la sentenza del 6 dicembre 2012, n. 272. Il Giudice delle Leggi, infatti, ha ritenuto incostituzionale l'art. 5, comma I, D.Lgs. 28/2010 per eccesso di delega legislativa in relazione all'art. 60 della legge n. 69 del 2009, quindi in violazione degli articoli 76 e 77 della Costituzione. Tale articolo della legge delega non rende esplicito né implicitamente desumibile il carattere obbligatorio della mediazione. Il terzo comma,

⁸ *Ivi*, pp. 32-33 e 50-52.

⁹ Tale denominazione, a seguito delle modifiche introdotte dal D.L. 69/2013, risulta più fedele al testo della norma. In dottrina troviamo altri appellativi attribuiti a questo tipo di mediazione, quali ad esempio "delegata" o "demandata".

lettera a) del cit. art. 60 disponeva che il Governo dovesse: «prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia». Inoltre alla lettera c) dello stesso comma si disponeva che il Governo disciplinasse l'istituto «anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5», Decreto che, all'art. 40, comma VI prevedeva l'istituto della mediazione nella forma della mediazione facoltativa. Infine la lettera n), relativamente al «dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio», prevedeva la «possibilità di avvalersi dell'istituto». Possibilità pertanto e non obbligo. Ne consegue che “il legislatore delegato non avrebbe potuto inserire l'istituto della mediazione quale condizione di procedibilità del giudizio”¹⁰.

È interessante sottolineare che la pronuncia della Corte “non ha affrontato l'esame dei profili sostanziali, primo fra tutti la violazione, conclamata da più parti, dell'art. 24 della Costituzione, ma si è pronunciata esclusivamente sulle questioni di natura formale, definendo il giudizio sulla base del “solo” profilo dell'eccesso di delega, senza entrare nel merito delle ulteriori censure mosse dai giudici *a quibus*, in quanto assorbite”¹¹. A conferma della tenuta sul piano sostanziale, da parte della normativa speciale sulla mediazione, è arrivata anche l'ordinanza n. 156 del 17 giugno 2013 con cui la Consulta ha rigettato diverse questioni di legittimità costituzionale del D.Lgs. 28/2010 e del Decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n.180, in riferimento agli articoli 3, 11, 24, 76, 77 e 111 della Costituzione.

Queste recenti pronunce tuttavia non significano che la Corte non abbia ben delineato i limiti che la Costituzione, e in particolare l'art. 24, pone alla disciplina della mediazione¹². Per il Giudice delle Leggi, infatti, la norma che garantisce il libero, pieno ed incondizionato accesso alla giustizia può essere temperata all'esigenza di salvaguardare “interessi generali”. Con la sentenza 21 giugno 1988, n. 73 si afferma che la legge può imporre condizioni alla tutela giurisdizionale «purché

¹⁰ AA.VV., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal “Decreto del fare” (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013*, a cura di Gianluca FALCO e Giulio SPINA, Giuffrè, Milano, 2014, pag. 196.

¹¹ *Ivi*, pag. 204.

¹² Le pronunce della Corte al riguardo, precedenti all'introduzione della mediazione, si riferiscono alle ipotesi di “tentativo obbligatorio di conciliazione” per varie materie. Introdotte a più riprese nel nostro ordinamento, saranno meglio analizzate nei prossimi capitoli.

non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale». Sono questi, quindi, i limiti che la Corte pone alla mediazione obbligatoria: non deve essere eccessivamente onerosa e deve essere finalizzata al miglioramento dell'apparato giurisdizionale. Tale orientamento è rinvenibile anche nelle sentenze 4 marzo 1992, n. 82 e 13 luglio 2000, n. 376 in materia di lavoro e nella sentenza 30 novembre 2007, n. 403 in materia di telecomunicazioni.

Dello stesso avviso è la Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo la quale l'accesso obbligatorio alla fase stragiudiziale non limita le garanzie del diritto di azione e di difesa in giudizio, non dovendo però essere eccessivamente oneroso¹³.

In seguito alla pronuncia di incostituzionalità del 2012, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina della mediazione civile e commerciale attraverso il Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, (cosiddetto "Decreto del fare") convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. Oltre ad aver reintrodotta buona parte della disciplina colpita dalla sentenza della Consulta, ha anche inserito alcune novelle rispetto alla disciplina previgente. Si elencano sinteticamente le principali novità:

- l'articolo 4, comma I, nella sua nuova formulazione, introduce un criterio di individuazione della competenza territoriale per la scelta dell'organismo di mediazione da adire. In particolare si prevede che l'istanza di mediazione debba essere depositata «presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia»;
- reintroducendo nell'articolo 5, comma I-bis, le materie di cui (nella vecchia versione al comma I) era prevista l'obbligatorietà, è stato escluso il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, mentre è stata aggiunta la responsabilità sanitaria;
- la disciplina della mediazione delegata (*ope iudicis*) contenuta all'articolo 5, comma II viene modificata in modo rilevante, in quanto il giudice, se prima poteva «invitare» le parti a procedere alla mediazione,

¹³ Cfr. Corte di Giustizia dell'UE, sentenza 18 marzo 2010, *Rosalba Alassini e altri*.

adesso può «disporre l'esperimento del procedimento di mediazione». Le parti quindi non sono più libere di aderire o meno alla proposta bensì devono necessariamente fissare un primo incontro e sottostare alla disciplina della mediazione obbligatoria, pena l'improcedibilità anche in sede di appello;

- nella nuova formulazione dell'articolo 6, comma I, la durata della mediazione viene ridotta da quattro a tre mesi;
- nell'articolo 8, comma I, viene inserito un ulteriore passaggio procedimentale: al principio del primo incontro il mediatore invita le parti e gli avvocati ad esprimersi sulla possibilità di proseguire il tentativo di conciliazione;
- all'articolo 12, comma I, in tema di efficacia esecutiva dell'accordo raggiunto in sede di conciliazione, viene aggiunta un'altra modalità attraverso la quale tale accordo può costituire titolo esecutivo. Se prima ciò era possibile solo mediante l'omologazione da parte del presidente del tribunale, adesso l'efficacia esecutiva può essere ottenuta anche attraverso la sottoscrizione delle parti e degli avvocati, previa attestazione e certificazione, da parte di questi ultimi, della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico;
- all'articolo 16, comma IV-*bis* viene disposto che gli avvocati iscritti agli albi sono di diritto mediatori. Tuttavia si precisa che devono essere «adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici [...]»;
- infine viene introdotta l'assistenza obbligatoria degli avvocati. Ciò è rinvenibile sia in un inciso dell'articolo 5, comma I-*bis*, sia all'articolo 8 comma I. È da precisare che la normativa non li chiama difensori o procuratori perché la loro attività non si sostanzia in una difesa o rappresentanza bensì in un'assistenza professionale, quindi un mero affiancamento.

Come vedremo meglio nei prossimi capitoli, le novità introdotte dal cosiddetto “Decreto del fare” muovono nella direzione, auspicata anche dal legislatore europeo, di una trasformazione dell’istituto. Una trasformazione che porta la mediazione ad essere principalmente uno strumento nelle mani delle parti, finalizzato al raggiungimento di un pieno e migliore soddisfacimento nella gestione delle controversie, anziché uno strumento nelle mani dello Stato volto allo sfoltimento del numero dei procedimenti giurisdizionali.

CAPITOLO PRIMO

ORIGINI ED EVOLUZIONE DELLA MEDIA-CONCILIAZIONE

1. La conciliazione giudiziale e stragiudiziale nella storia (*cenni*). - 2. (*Segue*) La conciliazione all'epoca delle codificazioni nazionali. - 3. Il tentativo obbligatorio di conciliazione negli ultimi decenni. - 3.1 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di contratti agrari a seguito della Legge 3 maggio 1982, n. 203. - 3.2 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro a seguito della Legge 11 maggio 1990, n. 108 e del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80. - 3.3 La conciliazione nel "modello Telecom" e il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni a seguito della Legge 31 luglio 1997, n. 249. - 3.4 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di contratti di subfornitura nelle attività produttive a seguito della Legge 18 giugno 1998, n. 192. - 4. Considerazioni.

1. La conciliazione giudiziale e stragiudiziale nella storia (*cenni*).

Il tentativo di far conciliare le parti al sorgere di un conflitto, sia di tipo bellico che interpersonale, è rintracciabile nei secoli passati e fin dagli albori del diritto.

Già Zaleuco di Locri Epizefiri (VII sec. a.C.)¹⁴ inserì nella sua opera legislativa rivolta alla Magna Grecia, un obbligo esplicito a tentare la conciliazione stragiudiziale. Infatti tra i frammenti delle "Tavole di Zaleuco" che ci sono pervenuti troviamo una disposizione del seguente tenore: «*Vietarsi di intraprendere un giudizio fra due se prima non siasi tentata la riconciliazione*»¹⁵.

Nell'ambito del diritto internazionale arcaico, ritroviamo alcune cariche pubbliche cui erano attribuite le funzioni di trattare con i popoli stranieri o nemici,

¹⁴ Figura controversa, da alcuni studiosi è considerato il primo legislatore del mondo occidentale, da altri viene messa in dubbio la sua esistenza. In ogni caso i frammenti della sua opera legislativa tramandati nei secoli rilevano per l'antichità e per l'autorevolezza di cui hanno sempre goduto specialmente tra gli storici antichi. A titolo di esempio si veda CLAUDIO ELIANO, *Aeliani Variae Historiae*, Claudium Larjot, 1628, pag. 75.

¹⁵ Sul punto si veda Mario DE LUCA PICIONE, *Cenni storici sulle ADR*, in "Temi Romana", quadrimestrale dell'ordine degli avvocati di Roma, anno LVII, n. 1-3, (Speciale media conciliazione, gennaio-dicembre 2010), pp. 11-13; ripreso da Carlo Alberto CALCAGNO, *ADR obbligatorio in Italia e all'estero*, 2012, pag. 4, in <https://mediaresenzconfini.files.wordpress.com/2012/01/adr-obbligatorio-in-italia-e-allestero.pdf> (consultato il 9 febbraio 2015).

cercando di persuaderli o di intavolare delle negoziazioni. Si tratta degli Araldi nell'antica Grecia, dei Feciali a Roma e degli Irenofilaci¹⁶ in Magna Grecia¹⁷.

Nel sistema giuridico ateniese operavano i *Dieteti* che erano, nella sostanza, degli arbitri e che svolgevano la loro attività analogamente all'odierno giudice di pace¹⁸. Figure simili le ritroviamo anche a Roma con i *defensores civitatis* (IV sec. a.C.)¹⁹. Sempre a Roma, all'epoca di Cicerone, esistevano i *Disceptatores domestici*, amichevoli compositori di controversie cui lo stesso Cicerone dà la seguente definizione: "*disceptator id est rei sententiaeque moderator*"²⁰ ("il discettatore è un moderatore del fatto e della decisione")²¹.

Un importante riferimento alla conciliazione (giudiziale) delle parti è ricavabile anche dalle XII Tavole, la prima legislazione dell'antichità romana. Nella prima tavola, in cui viene illustrato il procedimento da seguire per la proposizione e la trattazione di un'azione giudiziaria, un passaggio reca la dicitura: "*rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto*"²² ("Se le parti si accordano, che [il magistrato] emetta la sentenza. Se queste non si accordano, che espongano gli estremi della causa nel comizio o nel foro prima di

¹⁶ Su questi ultimi si veda la definizione di Plutarco (II sec. d. C.): "*Imperciochè i Feciali erano certi personaggi, simili a quelli, che da' Greci si chiamano Irenofilaci (cioè custodi della pace); e, a mio parere ebbero un tal nome dall'ufficio loro, sedando essi col mezzo della ragione le contese, e non permettendo mai che si guerreggiasse, se prima non vedeano troncata ogni speranza di ottenere il diritto altrimenti.*" Da PLUTARCO, *Le vite degli uomini illustri*, V. Crescini, 1816, pp. 521-522.

¹⁷ Cfr. Carlo Alberto CALCAGNO, *Op. cit.*, pag. 3.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Sia i *Dieteti* che i *Defensores civitatis* sono menzionati anche in Filomena SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Cacucci ed., Bari, 2008, pag. 18, con ampi riferimenti bibliografici.

²⁰ M. T. CICERONE, *M. Tullii Ciceronis Epistolae ad diversos*, Volume 2, A.J. VALPY, 1830, pag. 1097.

²¹ Riferimenti ai *Disceptatores domestici* sono presenti in altre opere di Cicerone, a titolo di esempio si veda nell'Oratio pro Caecina: "*quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit, et persaepe disceptatore domestico dijudicatur; alterum est vehementissimum, quod et ad graviores res pertinet, et non honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit*" (M. T. CICERONE, *M. Tullii Ciceronis Opera omnia*, a cura di Johann August ERNESTI, Wells et Lilly, 1815, pag. 30). Per altri riferimenti ciceroniani v. Emilio COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Zanichelli, Bologna, 1927, pag. 5.

Di particolare rilievo è l'inquadramento che fa di queste figure lo storico DEL BUONO: "Se un cittadino aveva delle differenze civili, doveva egli sulle prime cercare di terminarle all'amichevole, per *disceptatores domesticos*. Se non vi poteva riuscire citava l'avversario incontrandolo a comparire innanzi al Pretore con una di queste formule «*in jus eamus; in jus ambula; sequele ad Tribunal*»". (Nicola DEL BUONO, *Lezioni sulle antichità romane*, Da' Torchi della Società Filomatica, Napoli, 1856, p. 22).

²² Michelangelo CICOGLIA ed altri, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli editore, 2010, pag. 21.

mezzogiorno”). Dunque se le parti trovavano un accordo (*pactio*) sull’oggetto della controversia (*rem*), il giudice era tenuto a consacrarlo (*orato*) con l’emanazione di una sentenza²³.

Abbiamo, quindi, elementi sufficienti per poter affermare che anche in queste differenti epoche erano diffuse modalità di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione, tanto più se consideriamo che queste non ponevano alcuna limitazione per accedervi. Al contrario, l’accesso alla giurisdizione dei tribunali ordinari era diversificato a seconda dello *status* (cittadino, straniero, contribuente, commerciante, etc.).

Se la vita nelle città e nelle colonie, i commerci in tutto il Mediterraneo, l’incontro e la convivenza di popoli diversi portavano a frequenti occasioni di litigio, possiamo pensare che altrettanto frequenti erano anche le occasioni di componimento.

Ciò veniva continuamente auspicato dai dotti e filosofi dell’epoca e dalla religione. Il grande pensatore pagano Platone si riferiva a metodi che noi potremmo chiamare arbitrato o conciliazione con queste parole: “*Ma non dovremmo forse preferire un terzo tipo di giudice, uno che, raccolta una famiglia divisa, non mettesse a morte nessuno ma ne riconciliasse i membri e per il futuro desse loro delle leggi per assicurare una piena concordia reciproca?*”²⁴.

Anche la cultura giudaico-cristiano, fin dai primi secoli, si è sempre rivolta a queste forme di risoluzione delle controversie, auspicando in particolare una conciliazione che, se difficile da raggiungere, doveva essere guidata da un parente o da un vicino. Nei Vangeli Gesù stesso invita, potremmo dire, alla conciliazione stragiudiziale con queste parole: “*Perché non giudicate voi stessi ciò che è giusto? Quando vai con il tuo avversario davanti al magistrato, lungo la strada cerca di trovare un accordo con lui, per evitare che ti trascini davanti al giudice [...]*”²⁵. Anche nella predicazione di San Paolo troviamo l’esortazione: “*Se dunque siete in*

²³ Cfr. *ibidem*.

²⁴ *Leggi*, 628 in PLATONE, *Le Leggi*, traduzione di Franco Ferrari e Silvia Poli, Bureau, Milano, 2007, p. 91.

²⁵ Vangelo secondo Luca (12, 57-59), traduzione CEI 2008; confrontabile con il testo sinottico del Vangelo secondo Matteo (5, 25), traduzione Nuova Riveduta: “*Fa' presto amichevole accordo con il tuo avversario mentre sei ancora per via con lui, affinché il tuo avversario non ti consegni in mano al giudice*”.

*lite per cose di questo mondo, voi prendete a giudici gente che non ha autorità nella Chiesa? ... Sicché non vi sarebbe nessuna persona saggia tra voi che possa fare da arbitro tra fratello e fratello?*²⁶.

In seguito, nel periodo medievale, è da segnalare l'attività svolta dalla Chiesa, sia nell'esercizio delle proprie funzioni giurisdizionali nell'ambito dei tribunali ecclesiastici, sia nelle liti all'interno delle comunità locali, nelle quali il parroco svolgeva spesso le funzioni di mediatore, e sia nei rapporti tra regni, principati e città-stato, i cui contrasti, spesso violenti, venivano composti grazie all'intervento dei legati pontifici²⁷.

Il medioevo inoltre, con la scomparsa del potere istituzionale dell'Impero si caratterizzò per la diffusione di un gran numero di istituti in cui era esaltato l'elemento consensualistico²⁸. Infatti, anche per quanto riguarda i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, una grande diffusione ebbe l'istituto dell'arbitrato²⁹.

Infine merita fare un accenno alla concezione dello strumento conciliativo nei sistemi giuridici orientali e in particolare in quello cinese. Qui la conciliazione ha sempre costituito il rimedio normale e prevalente per la risoluzione delle controversie³⁰. Infatti troviamo dapprima la tradizione culturale confuciana, basata molto sull'armonia politica, morale e religiosa, che diffondendo una concezione anti-individualista, in cui vengono esaltati i doveri dell'individuo piuttosto che i suoi diritti, considera il conflitto come un male da eliminare sul nascere, attraverso soluzioni di compromesso e persuasione morale delle parti interessate. In seguito, con l'avvento dell'ideologia maoista, si ritiene che la soluzione dei conflitti debba avvenire in seno al popolo, con strumenti democratici e persuasivi quali appunto la negoziazione o la mediazione, attraverso dei "comitati popolari di conciliazione"³¹.

²⁶ Prima lettera ai Corinzi (6, 4-5), traduzione CEI 2008.

²⁷ Cfr. Michelangelo CICOGNA ed altri, *Op. cit.*, pp. 21-22.

²⁸ Si veda per esempio l'istituto della "*stantia*" o "*convenientia*" in Pasquale FAVA, *Il contratto*, Giuffrè editore, Milano, 2012, pag. 68.

²⁹ Per quanto riguarda l'arbitrato nel diritto medievale, nella *lex visigothorum*, negli statuti di epoca feudale e nell'età del diritto comune si veda Ornella D'AGOSTINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Halley Editrice, 2006, pp. 16-19.

³⁰ Cfr. F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pag. 17.

³¹ Si tratta di comitati istituiti all'interno di comitati di residenti urbani o di villaggio, organismi a partecipazione popolare creati negli anni '50. Sul punto si veda Angela CARPI, *Brevi riflessioni sulla mediazione in Cina*, reperibile sul sito internet:

2. (Segue) La conciliazione all'epoca delle codificazioni nazionali.

Se l'illuminismo e le grandi novità legislative seguite alla Rivoluzione francese hanno dato un nuovo impulso allo strumento conciliativo, come vedremo tra poco, dobbiamo però osservare che già nell'*ancien régime* questo metodo non era affatto ignorato. Nelle *Regies Constitutiones* di Vittorio Amedeo II di Savoia (1723) troviamo la seguente disposizione relativa alle competenze e alle funzioni dei Castellani e *Bajuli* (giudici locali con giurisdizione limitata): «*Udiranno parimente, e decideranno le querele che insorgessero fra gente rustica sopra la variazione de' confini, o altro incomodo, che si pretendesse sopra i beni, e percezione de' loro frutti, chiamando, ed interponendo la mediazione dei più pratici di detti confini e terre, che sieno uomini dabbene, e non sospetti [...]*»³².

Sempre nella prima metà del XVIII secolo, in Olanda e in Prussia venne istituito il *fasieur de paix*³³, un giudice la cui giurisdizione comprendeva cause di basso valore e che era tenuto a tentare la conciliazione delle parti senza che quest'ultime fossero assistite da avvocati. Una soluzione ritenuta, dal popolo, rapida ed economica. Fu guardando a questa figura, tanto encomiata da Voltaire³⁴, che in seguito la Francia prese spunto per introdurre il *juge de paix*. È proprio con l'istituzione del *juge de paix*, con il decreto francese 16 - 24 agosto 1790, n. 16, che si ebbe "il primo modello di giustizia conciliativa degli ordinamenti processuali

http://amsacta.unibo.it/3928/1/Angela_Carpi_Mediazione_in_Cina.pdf (consultato il 17/02/2015).

³² G. BATTISTA VALLETTA, *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, 1723, pp. 169-170, (Libro I, Titolo XIII, § 4). La citazione è riportata e commentata anche in Pasquale Stanislao MANCINI, Giuseppe PISANELLI e Antonio SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi: con la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali legislazioni straniere*, Volume I, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1855, pag. 212.

³³ Cfr., fra gli altri, *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di Giandomenico FALCON, CEDAM, Milano, 2010, pag. 85.

L'analogia tra il *fasieur de paix* olandese e il *justice of the peace* inglese, di più antica istituzione, riguarda solo l'aspetto terminologico poiché quest'ultimo era dotato esclusivamente di funzioni giurisdizionali e mai conciliative.

³⁴ "La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'ai jamais vu c'est en Hollande! Quand deux hommes veulent plaider, l'un contre l'autre. Ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des juges conciliateurs appelés faiseurs de paix". Citazione tratta da VOLTAIRE, *Fragment d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande*, in Chiara BESSO, *Lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, in *La mediazione civile e commerciale*, a cura di Chiara BESSO, Giappichelli editore, Torino, 2010, pag. 15. Sul punto si veda anche Marco BONA, *La contro-mediazione nella R.C. medica e nella R. C. auto*, Maggioli editore, Dogana (Repubblica di San Marino), 2011, pp. 34-35.

moderni”³⁵. Tale decreto si può quindi considerare il primo provvedimento legislativo che ha tradotto solennemente in istituzione giudiziaria, su un vasto territorio, l’obbligo del tentativo preliminare di conciliazione per tutte le cause. L’introduzione del *juge de paix* da parte dell’Assemblea Costituente francese fu la risposta alla richiesta del popolo di porre rimedio alla lentezza, ai costi elevati, agli eccessivi formalismi e agli abusi della giurisdizione ordinaria legata all’*ancien régime*. In questo modo l’ordinamento giudiziario si accostò all’ideale rivoluzionario della *fraternité* e della solidarietà tra gli individui, e a quello illuministico secondo il quale sono i lumi della ragione a dettare le leggi³⁶.

Vediamo in particolare le caratteristiche di questo istituto. Sebbene il *juge de paix* avesse anche funzioni giurisdizionali (le sue decisioni erano emesse senza formalità e secondo equità, riguardavano le controversie di valore non superiore a cinquanta libbre ed erano inappellabili), la sua funzione principale era quella conciliativa, volta quindi a mettere d’accordo le parti in conflitto, senza giudicare alcuno. Questa forma di conciliazione era obbligatoria e generalizzata, riguardava cioè tutte le cause, di qualsiasi valore, sia in primo che in secondo grado. Tale obbligo, dal punto di vista procedimentale, si concretizzava con la produzione, da parte dell’attore che avesse voluto adire il giudice ordinario, dell’atto di citazione con allegato il verbale di mediazione rilasciato dall’ufficio di pace e di conciliazione in cui è certificato l’insuccesso dell’esperimento conciliativo³⁷.

Nell’attuazione di questo nuovo istituto, però, le speranze che vi erano state riposte furono però ben presto deluse, il meccanismo virtuoso di questo innovativo passaggio procedimentale non si innescò affatto, tutt’altro: l’esperimento di conciliazione divenne rapidamente un passaggio malvisto dalle parti. Gli inconvenienti e gli errori di prospettiva furono molteplici e possiamo brevemente passarne in rassegna i principali. Anzitutto le stesse persone che andavano a ricoprire la carica di *juge de paix*, in origine dovevano essere eletti dai cittadini radunati nelle assemblee primarie e rimanere in carica per due anni³⁸. Purtroppo la legislazione mutò presto facendo sì che i giudici fossero nominati dal governo e aumentando la

³⁵ Così, espressamente, in F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pp. 18-19, ove ampi riferimenti bibliografici.

³⁶ Cfr. *ibidem*.

³⁷ *Ivi*, pp. 22-23.

³⁸ Titolo III, articoli 4 e 8 del Decreto francese 16 – 24 agosto 1790, n. 16.

durata della carica da due a dieci anni. Di conseguenza la scelta di tali giudici si basava più sull'appartenenza politica che non sulle qualità personali quali la preparazione e l'imparzialità³⁹. Inoltre, essendo in capo allo stesso soggetto sia funzioni conciliative che giurisdizionali, si creava un rapporto di assoggettamento in cui il giudice, sfruttando la sua autorità e l'ignoranza delle parti, imponeva loro la "sua" soluzione. Infine, l'assenza di incentivi a trovare un accordo difficilmente poteva muovere le parti dalle loro rispettive pretese. Il problema venne risolto dalla Corte di cassazione con la sentenza del 22 *therm., an XI* che definì il tentativo obbligatorio di conciliazione come una formalità posta nell'esclusivo interesse delle parti, la cui omissione diviene sanabile nel processo⁴⁰. Tale tentativo divenne quindi una mera formalità e privo di una reale efficacia sulle parti in conflitto.

Nonostante la deludente evoluzione dell'istituto, il *juge de paix* venne mantenuto anche nelle costituzioni francesi successive al 1790, divenendo quindi un principio di rango costituzionale⁴¹, fino ad essere inserito, con modifiche, nel titolo I del libro II del Codice di procedura civile napoleonico (1806), agli articoli 48 e seguenti.

Sebbene rimasto più come una formalità che una reale opportunità, il tentativo obbligatorio di conciliazione si diffuse, con questo codice, in Europa e nei territori conquistati dall'Impero napoleonico, lasciando nelle culture giuridiche toccate gli ideali che stanno alla base dell'istituto e che rimarranno anche dopo il dissolversi della dominazione francese.

Sempre nella Francia di quel periodo, e precisamente nel 1806, nacque il *Conseil de prud'hommes*⁴², un organo formato da uomini di comprovata moralità e imparzialità che avevano il compito di mediare nelle controversie in materia di lavoro, tra imprenditore e operai. Solo nel caso in cui tale mediazione non avesse ottenuto un buon esito, il consiglio poteva pronunciarsi sulla controversia con una propria decisione, in alcuni casi inappellabile. Tale istituto è presente ancora oggi in

³⁹ Cfr. F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pag. 26.

⁴⁰ Cfr. *ivi*, pag. 27.

⁴¹ Cfr. *ivi*, pag. 28.

⁴² Per un approfondimento sull'istituto si veda Alessandro NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 168 e seguenti.

Francia quale giurisdizione civile speciale ed è rimasto immutato nelle sue principali caratteristiche⁴³.

Fra gli ordinamenti, per così dire, “contaminati” dalla ventata di novità, anche sul piano giurisdizionale, portata da Napoleone con il suo Codice di procedura civile, un caso da segnalare è quello del Regno di Napoli. In questi territori la recezione della legislazione francese, nell’ambito che ci compete, portò all’introduzione del giudice di pace. Questa figura rappresentò un’assoluta novità sul piano delle giurisdizioni minori dislocate sul territorio ed ebbe il merito di introdurre la conciliazione come metodo di risoluzione giudiziale delle controversie. Tuttavia, poiché in capo ai medesimi giudici di pace permanevano sia funzioni conciliative, sia importanti funzioni giurisdizionali, lo strumento conciliatorio non decollò mai, almeno sotto la dominazione francese. Ed è proprio questo uno dei principali ostacoli che ancora oggi spesso impedisce alla conciliazione giudiziale, laddove è prevista dalla norma processuale, di comporre la lite evitando il giudizio. Tale aspetto or ora accennato sarà affrontato in modo più approfondito nei capitoli che seguono.

Nonostante che l’introduzione del giudice di pace nel Regno di Napoli non abbia portato, limitatamente all’ambito cui ci rivolgiamo, a risultati soddisfacenti, dobbiamo comunque riconoscere in questa legislazione un passaggio imprescindibile per ciò che di lì a poco sarebbe accaduto, a seguito del nuovo assetto degli Stati stabilito nel Congresso di Vienna, con l’avvento di Ferdinando IV di Borbone. Il re delle Due Sicilie, infatti, mantenne buona parte della legislazione del decennio francese seppur con rilevanti modifiche. Per quanto riguarda l’istituto in parola, nel nuovo assetto processualcivile definito dalla legge organica dell’Ordine giudiziario⁴⁴ e dal Codice di procedura civile napoletano⁴⁵, troviamo il tentativo di conciliazione quale passaggio non più obbligatorio ma facoltativo, le parti che lo volevano esperire dovevano richiederlo esplicitamente al giudice. Si presero quindi le distanze da quel modello francese di obbligatorietà che condusse rapidamente

⁴³ Per una descrizione in italiano della forma attuale dell’istituto si veda il *Sistema Informativo Territoriale sulla Giustizia* in Francia, sul sito internet dell’ISTAT:

http://giustiziaincifre.istat.it/Nemesis/jsp/confrontiInt.jsp?pagina=../html/inter/ITA/fra_giu_spe.jsp&page=../html/inter/ENG/fra_giu_spe.jsp&id=2&nodi=2|13|7 (Consultato il 28 febbraio 2015).

⁴⁴ Legge rivolta ai domini “di qua dal Faro”, promulgata il 29 maggio 1817, sostanzialmente identica a quella emanata successivamente per la Sicilia il 7 giugno 1819.

⁴⁵ Tale fu la denominazione della terza parte del Codice del Regno delle Due Sicilie, riguardante “*Le leggi della procedura nei giudizi civili*”, promulgata il 26 marzo 1819.

l'istituto ad un esito infruttuoso e deludente. Il soggetto cui era affidata la conduzione di tale esperimento non coincide più con il giudice di pace di stampo francese bensì con un giudice onorario, dislocato in ciascun Comune del Regno, che prese il nome di “conciliatore”⁴⁶ e che poco o nulla aveva a che vedere con il predecessore⁴⁷. Tale incarico veniva affidato, per un triennio rinnovabile, a “proprietari” che godevano di altissima reputazione nell'opinione pubblica. La loro attività doveva essere rivolta a spegnere “le inimicizie e gli odi fra gli abitanti del comune” e “a comporre fra loro le liti insorte o temute”⁴⁸.

Tra le più rilevanti novità introdotte dalla legislazione napoletana, oltre all'abolizione dell'obbligatorietà, troviamo una drastica riduzione delle attribuzioni giurisdizionali in capo al giudice, esaltando così lo scopo conciliatorio ed evitando di trasformare l'istituto in un'inutile formalità. Altra novità, rintracciabile all'articolo

⁴⁶ La figura del conciliatore trovò larga eco anche oltre i confini del Regno delle Due Sicilie. Si riporta di seguito una meticolosa descrizione dell'attività tipica del conciliatore, pubblicata su un periodico veneziano della prima metà dell'Ottocento:

«Non basta che il conciliatore sia semplicemente amabile; è d'uopo ancora che sia esperto. Ei deve non solo ravvicinare spiriti, ma, ciò ch'è molto più difficile, trovare il punto in cui si riuniscano gli interessi delle due parti, e mostrare ad uno in che possa cavar partito dal piano che all'altro conviene. Per compier l'opera che gli è imposta, bisogna che il conciliatore conosca a fondo la posizione e il carattere di coloro co' quali ha che fare, né soltanto sapere ciò che ognuno d'essi domanda, ma ciò che ciascuno realmente vuole, e ciò che in fatto gli starebbe bene; mettere nella bilancia della divisione i mezzi che l'uno può avere per far valer la sua parte, e l'inclinazione dell'altro che può essergli motivo a valutar maggiormente la propria; saper stornare un progetto che inceppi la conciliazione, col sostituirla un altro che la faciliti; in una parola aumentare, direi quasi, i beni in quistione, in modo che ciascheduno rimanga soddisfatto di quella parte che riceve di un tutto, il quale intero bastava appena a saziare il suo desiderio; operare, per così esprimermi, il miracolo della moltiplicazione de' pani.

Dopo l'accomodamento, i litiganti maravigliati del trovarsi contenti, ammirano il prodigio del conciliatore. Ma questo prodigio non accade di spesso, né il carattere di conciliatore appare sempre che si voglia. È un talento che si manifesta, data l'occasione, e le occasioni non si presentano ad ogni passo, a meno che il conciliatore non si faccia ambasciatore: allora le occasioni non gli mancheranno, ma bisogna far conto di quelle soltanto in cui riusciranno in bene li suoi maneggi. Il carattere dell'uomo che possiede uno spirito conciliante s'approssima a quello dell'uomo amabile.

Dotato di quello spirito trova egli nelle più opposte opinioni il punto che le congiunge, nelle passioni più inacerbite, il motivo che potrebbe raddolcirle. Conciliatore può dirsi solo colui che giunge ad ottenere il suo intento.[...].

Lo vedrete affannarsi ad ogni minima apparenza di divisione, cercar di riunire tutti i pareri, prevenire ogni disputa, farsi insopportabile a coloro che tormenta perennemente per impegnarli a rimanere in pace, e per ciò solo ch'egli ama appassionatamente la concordia, muovere a tutti querela». (Da *Il Gondoliere – Giornale di scienze, lettere, arti, mode e teatri*, Volume III, Paolo LAMPATO redattore e editore, Venezia, 1836, pag. 355).

⁴⁷ In termini cfr. F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pp. 34-35.

⁴⁸ Lodovico MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, volume III, terza edizione, Milano, s. d., pp. 4 e seguenti, citato in Chiara BESSO, *Op. cit.*, pp. 21-22.

16 del Codice di procedura civile napoletano, fu l'esenzione tributaria delle conciliazioni. Infine, l'innovazione che più delle altre fu destinata a lasciare traccia anche nelle legislazioni successive riguardò l'efficacia attribuita al verbale di conciliazione. Tale atto, infatti, diveniva titolo esecutivo se la controversia oggetto della transazione rientrava tra quelle su cui il conciliatore aveva anche un potere di decisione (e cioè se il suo valore era inferiore a sei ducati). Sebbene la giurisdizione del conciliatore, come detto poc'anzi, fosse molto limitata, dobbiamo vedere in questa scelta del legislatore un chiaro segno del proprio *favor conciliationis* e un'ulteriore evoluzione dell'istituto. Allo stesso verbale di conciliazione, invece, se il valore della controversia era indefinito o non rientrava nella competenza del conciliatore, era riconosciuta la forza di scrittura privata e perciò era attribuita autenticità ad un atto che, per essere contestato, doveva essere impugnato con querela di falso⁴⁹.

Un ulteriore passo in avanti, rispetto alle novità che giungevano dalla Francia, avvenne nel Regno di Sardegna⁵⁰ con la codificazione del 1854. Anche qui si optò per il riconoscimento al verbale di conciliazione degli stessi effetti della sentenza, compresa l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Tra le particolarità riscontrabili, vediamo che pur rimanendo l'esperimento conciliativo, questo non si configurava più come un obbligo, o meglio come un obbligo in capo alle parti. Infatti, se non veniva richiesto e non veniva esperito, non vi era alcuna sanzione per le parti. Al contrario, potevano essere comminate delle sanzioni disciplinari al giudice, perché era su questi che gravava tale obbligo. Ciò si poteva verificare in modo particolare quando le stesse parti chiedevano esplicitamente al giudice di condurre la mediazione. Inoltre l'attività mediatrice del giudice non si collocava più nel periodo precedente all'instaurazione del procedimento, come se l'insuccesso dell'esperimento fosse il presupposto per accedere al procedimento giudiziale, bensì al momento dell'udienza

⁴⁹ Per tutto il capoverso cfr. F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pp. 32-39.

⁵⁰ Oltre al Regno delle Due Sicilie e al Regno di Sardegna, altri ordinamenti italiani che recepirono l'istituto, ma senza presentare particolari innovazioni rispetto alla legislazione francese, furono il Regno Lombardo - Veneto sotto il dominio austriaco, il Ducato di Parma e il Ducato di Modena.

di comparizione delle parti, quindi in corso di causa, allorquando le parti avevano già avanzato le loro pretese giuridiche⁵¹.

Con l'unificazione dell'Italia, gli sforzi volti ad uniformare il diritto su tutto il territorio del Regno portarono ad una nuova codificazione che si esprime anche con il Codice di procedura civile del 1865, redatto dall'allora Guardasigilli Giuseppe Pisanelli da cui prese il nome. Quest'unificazione del diritto condusse ad una nuova e differente riformulazione dell'istituto in esame e del suo carattere obbligatorio, la cui disciplina trovò spazio proprio al principio del nuovo Codice (titolo preliminare, capo primo). Tra i modelli presi in esempio per adattare meglio l'istituto al territorio nazionale del neonato Regno, vennero scelti proprio quello sardo e quello napoletano. Ne uscirono tre ipotesi: la conciliazione facoltativa in corso di causa, il tentativo obbligatorio di conciliazione preliminare al giudizio di separazione personale e infine la conciliazione preventiva-facoltativa davanti al conciliatore, non in sede giudiziale.

Per quanto riguarda la prima, anche in virtù dell'ispirazione liberale che permeava la cultura giuridica italiana dell'epoca, venne inserita come facoltà in quanto si riteneva lesiva della libertà personale l'imposizione di un atto considerato intrinsecamente spontaneo e virtuoso, che doveva rimanere tale⁵². Inoltre la facoltatività assicurava di evitare l'errore in cui era incappato il sistema francese, sistema nel quale, come già detto in precedenza, il tentativo divenne per lo più una mera formalità. Il modello di conciliazione in corso di causa, nello specifico, era esperibile dinanzi al pretore o al conciliatore a seconda del valore della controversia ed era ritenuto appropriato ai casi in cui "le parti, rese dubbiose sulla giustizia delle loro pretese, o stanche del litigio, sono più facili a riconoscere nell'amichevole

⁵¹ Cfr. Pasquale Stanislaw MANCINI, Giuseppe PISANELLI e Antonio SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi: con la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali legislazioni straniere*, cit., pag. 212.

⁵² Tra gli atti della Commissione per il coordinamento dei codici e delle leggi giudiziarie si trova la seguente affermazione: "Nel codice di procedura s'intende agevolare in ogni guisa la conciliazione senza far forza alle parti" (seduta del 19 aprile 1865). Per una più ampia visione del testo si veda Giovanni MATTEUCCI, *La Mediaconciliazione: una mimesi di legislazioni altrui o un recupero delle nostre tradizioni?*, in "Temi Romana", cit., pag. 24.

componimento un vero beneficio, l'espedito più adatto per cessare l'incertezza in cui versano, per sottrarsi ad un cumulo di spese che va ogni giorno aumentando»⁵³.

Per le cause di separazione personale, si optò invece per una conciliazione, da esperirsi davanti al Presidente del tribunale, il cui tentativo costituiva una condizione di procedibilità della domanda di separazione. In questo caso il prolungarsi del dibattimento giudiziario venne considerato, dagli autori del Codice, non più un elemento a favore dell'opzione conciliatrice come nell'ipotesi precedente, bensì una causa di inasprimento degli animi delle parti, il cui addivenire avrebbe ostacolato completamente l'amichevole componimento.

Infine, proprio guardando all'esperienza partenopea, si decise di introdurre un modello simile di conciliazione, da esperirsi con l'ausilio di una figura specifica, diffusa in ogni comune del Regno, quale doveva essere il conciliatore. Tale esperienza godeva di grande ammirazione fra gli autori del Codice del 1865, in quanto si erano resi conto che oltre a non essere stata dannosa per il sistema giuridico del meridione recò un concreto miglioramento ai piccoli centri e per le liti minori⁵⁴. Inoltre si riconosceva al conciliatore il merito che gli derivava dall'autorevolezza di cui godeva nel proprio comune, dal suo ascendente morale sui propri compaesani, e quindi tra le parti, dalla generica conoscenza che egli aveva su fatti, usi, persone e interessi del territorio di sua competenza, non ultimo anche dalla totale assenza di formalità che caratterizzava il suo operato⁵⁵. La strada scelta fu quindi quella di estendere su scala nazionale la possibilità di optare per il tentativo conciliatorio nella fase precedente all'instaurazione del giudizio, senza permettere alla fase conciliativa di esercitare alcun condizionamento sulla successiva ed eventuale fase contenziosa⁵⁶.

⁵³ Relazione PISANELLI sul Codice di procedura civile, riportata in F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pag. 47.

⁵⁴ Cfr. in termini la Relazione PISANELLI sul Codice di procedura civile e Relazione VACCA al Re, riportate in F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pp. 46-47. Per quanto riguarda l'analisi di Pisanelli sulla figura del giudice di pace francese e del conciliatore del Regno di Napoli si veda anche *Discorsi pronunziati nel Senato del Regno da Giuseppe Pisanelli, ministro di Grazia e Giustizia, nella discussione della proposta di legge per l'accrescimento della competenza de giudici di mandamento*, Stamperia reale, Torino, 1864, pp. 18-19.

⁵⁵ Cfr. Giovanni MATTEUCCI, *Cenni storici sulla mediazione - Short history of mediation*, 2014, pag. 8, disponibile in internet al sito: http://www.academia.edu/8642790/Cenni_storici_sulla_mediazione_-_Short_history_of_mediation (consultato il 3 marzo 2015).

⁵⁶ Cfr. Raffaella VERGA e Damiano MARINELLI, *L'arte della mediazione*, FrancoAngeli editore, Milano, 2013, pp. 272-274. Per un confronto tra il conciliatore napoletano e il conciliatore

Tra l'altro, in questo frangente venne introdotta una caratteristica del procedimento di mediazione che ritroviamo ancora oggi, si tratta della possibilità che aveva il conciliatore di chiamare e incontrare le parti separatamente o congiuntamente in privata udienza⁵⁷. Questa norma, prevedendo la possibilità d'incontri separati, permetteva l'assenza del contraddittorio pur rimanendo nell'ambito giudiziale; il legislatore del tempo aveva, cioè, compreso che per la conciliazione sono richieste regole differenti rispetto al giudizio.

Dalle disposizioni del Codice del 1865, possiamo dedurre quattro requisiti al fine di accedere all'esperimento conciliativo. Gli elementi che devono essere presenti sono:

- la richiesta di almeno una parte,
- l'esistenza di una controversia tra le parti,
- la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia,
- la transigibilità del diritto controverso.

L'opzione per la facoltatività, come già detto, trova convinzioni ben radicate nel legislatore dell'epoca che, affidando la risoluzione delle contese all'equità, alla probità e al buon senso del conciliatore, non ritiene di dover trasformare quella che è una proposta per le parti in conflitto in un passaggio obbligatorio, un'opportunità caratterizzata dall'informalità in un rigorismo giuridico.

Tra gli altri requisiti appena elencati vi era la presenza oggettivamente riscontrabile di una controversia. Sebbene questo elemento appaia scontato, dobbiamo rilevare che nella pratica si erano verificati già allora casi di elusione, in cui l'accordo raggiunto con il conciliatore era in realtà una certificazione di accordi precostituiti, il perfezionamento di contratti o il compimento di atti giuridici che avrebbero richiesto la presenza di un notaio. Accadeva che, sfruttando gli incentivi che il legislatore aveva posto alla conciliazione, in questa sede si potevano

dell'ordinamento italiano si veda, tra gli altri, Luigi Paolo COMOGLIO ed altri, *Commentario del Codice di procedura civile. Volume I - artt. 1-98*, UTET Giuridica, Torino, 2012, pp. 194-196.

⁵⁷ Secondo quanto stabilito dall'articolo 12 del regolamento di esecuzione della legge in parola, come riferito da G. MATTEUCCI, *Op. cit.*, pag. 10.

concludere simili atti senza sostenere i costi normalmente previsti, quali ad esempio imposte fiscali specifiche e spese notarili o di volontaria giurisdizione.

La normativa del 1865 non si limitò a prevedere i suddetti requisiti ma prevede anche delle agevolazioni, offerte alle parti che accettavano di risolvere la controversia mediante la conciliazione. Tra le agevolazioni, anch'esse in qualche modo riprese dai vecchi modelli normativi, troviamo quella relativa all'efficacia del verbale di conciliazione. In questo caso fu prevista una diversificazione a seconda del valore dell'accordo conciliativo concluso e non dell'oggetto della controversia desunto dalla domanda⁵⁸; l'articolo 7 del codice cit., infatti, disponeva che «*quando l'oggetto della conciliazione non ecceda il valore di Lire 30, il processo verbale di conciliazione è esecutivo contro le parti intervenute, al quale effetto il conciliatore può autorizzare la spedizione della copia nella forma stabilita per le sentenze*», invece, se era ecceduto tale limite, il verbale «*ha soltanto forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio*»⁵⁹.

Nell'arco temporale che seguì la promulgazione del Codice Pisanelli, il ruolo e l'attività del conciliatore ebbero successo fra le giurisdizioni minori. Infatti dai dati dell'epoca si rileva che l'80% del controversie decise proveniva proprio dai conciliatori, sebbene si debba specificare che solo una parte minoritaria era il frutto di una conciliazione *tout court*⁶⁰.

Con l'andare del tempo, tuttavia, subentrarono due fattori che portarono la conciliazione a dissolvere quasi completamente la sua funzione e a perdere le opportunità che poteva offrire al sistema giudiziario. In seguito alla sua entrata in vigore e all'estensione su tutto il territorio nazionale, sorse uno sfavore, che col tempo è andato crescendo, nei confronti dei conciliatori. Emerse presto una frequente incapacità ad affrontare la diatriba e a scioglierne le contese, d'altronde la buona reputazione non poteva di per sé comportare anche la capacità e l'abilità a condurre una mediazione. Inoltre, come hanno rilevato alcuni storici del diritto, possiamo

⁵⁸ Cfr. Luigi BORSARI, *Il Codice italiano di procedura civile, annotato dal cavaliere Luigi Borsari*, Unione tipografico-editrice, Torino – Napoli, 1869, pag. 6.

⁵⁹ Il limite di Lire 30 venne elevato a Lire 100 nel 1892 con la Legge n. 261, come riferito in G. MATTEUCCI, *Op. cit.*, pag. 10.

⁶⁰ Come risulta dalla statistica giudiziaria per l'anno 1880 e dalla Relazione Zanardelli al Re del 1882, citate in Francesca CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Wolters Kluwer Italia, Padova, 2008, pag. 201.

individuare una correlazione tra l'esiguità degli accessi alla conciliazione, soprattutto a partire dal primo dopoguerra, l'evoluzione democratica della società e il progressivo "inurbamento" delle città, che resero sempre più difficile l'istaurarsi di relazioni di conoscenza e i rapporti fiduciari tra i cittadini e il "notabile" del paese⁶¹. Ne conseguì la perdita di quell'autorevolezza e forza di persuasione che garantiva a questi giudici la fiducia dei contendenti, elemento fondamentale per essere un ponte e uno strumento di comunicazione tra le parti, tale da poterle indirizzare verso una soluzione reciprocamente vantaggiosa della controversia, superando le rigidità dovute alle rispettive pretese. A questo fenomeno si aggiunse il diffondersi di una certa ideologia, proveniente dalla Germania, che facendo dello Stato il protagonista assoluto della vita giuridica degli individui, tendeva ad accentrare in esso qualsiasi potere, compreso quello di gestire le controversie. In questa ottica si consideravano inopportune le soluzioni provenienti da privati mentre si vedevano di buon occhio gli strumenti tipici dell'ordinamento giurisdizionale, questi inoltre erano considerati il "supremo presidio della compattezza dell'ordinamento"⁶² in un'Italia in cui, per molti aspetti, l'unità della nazione si era raggiunta solo sulla carta. Il Codice di procedura civile emanato nel 1940 dal governo fascista adottava proprio questo punto di vista. In esso l'istituto della conciliazione non era certamente esaltato in quanto una sua applicazione su larga scala non avrebbe permesso allo stato (totalitario) di ottenere alcun protagonismo nei rapporti giuridici tra le parti e perciò avrebbe privato i cittadini della sicurezza garantita dall'autorità pubblica.

A questa impostazione c'è da aggiungere che, nel secondo dopoguerra, il maggior rilievo conferito ai diritti individuali, unitamente ad una complessità molto più accentuata dei rapporti sociali, hanno fatto aumentare la richiesta di una tutela maggiormente "tecnica" delle proprie pretese. Nell'ordinamento giuridico repubblicano, tuttavia, l'istituto della conciliazione non è affatto assente. Nel citato Codice di procedura civile, la conciliazione era inizialmente prevista nell'udienza di prima trattazione (all'articolo 183), ma in genere non se ne è fatto alcunché, causa, si è detto, l'eccessivo numero di controversie da gestire in ogni udienza e

⁶¹ Cfr. L. MORTARA, Op. cit., pag. 15 e Francesco RICCI, *Commento al codice di procedura civile italiano*, volume I, Firenze, 1886, pp. 484 e seguenti, entrambi citati in F. SANTAGADA, Op. cit., pag. 59.

⁶² *Ibidem*.

l'impossibilità per il magistrato di analizzarle preventivamente. Nel testo vigente il tentativo di conciliazione da parte del giudice rimane comunque possibile in qualsiasi momento dell'istruzione (articolo 185, comma II), in grado d'appello (articolo 350, comma III), in sede di revocazione e di opposizione di terzo. All'articolo 185, che prevede il tentativo giudiziale di conciliazione su istanza congiunta delle parti, è stato recentemente aggiunto l'articolo 185-*bis*⁶³, che reintroduce nella prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, l'obbligo per il giudice di formulare una proposta transattiva o conciliativa. Infine, agli articoli 198 e 199, si dispone che su incarico del magistrato, quando ci sono documenti contabili, il consulente tecnico di ufficio li esamina e può tentare la conciliazione tra le parti; in caso di esito positivo, redige processo verbale, cui il magistrato attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo indipendentemente dal valore della controversia⁶⁴.

Se lo spazio concesso alla fase conciliatoria in sede giudiziale nel Codice di procedura civile appare ristretto, ancora più concisi sono i riferimenti alla conciliazione preventiva extragiudiziale, alla quale si riserva la menzione negli articoli 321 e 322 relativamente, dapprima, alla figura del conciliatore e più recentemente al giudice di pace⁶⁵. Inoltre fino a pochi anni fa era previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione agli articoli 430, 431, 432 e 433⁶⁶ per le controversie in materia di lavoro, che esamineremo nel prosieguo.

Si può ben osservare, quindi, che l'attenzione del legislatore alla conciliazione in sede non contenziosa era ridotta, in quel frangente storico, ai minimi termini⁶⁷.

3. Il tentativo obbligatorio di conciliazione negli ultimi decenni.

⁶³ Introdotta a seguito del D. L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

⁶⁴ Cfr. in termini, G. MATTEUCCI, *Op. cit.*, pag. 11.

⁶⁵ Il Giudice di pace, istituito nel nostro ordinamento con la Legge 21 novembre 1991, n. 374, (ma entrato in vigore l'1 maggio 1995), sostituì l'anzidetto giudice conciliatore.

⁶⁶ Articoli interamente sostituiti con la Legge 11 agosto 1973, n. 533.

⁶⁷ Osserva SARACENO, citato in F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pag. 73, che la conciliazione in sede non contenziosa è rimasta nel nuovo codice "per forza d'inerzia".

Il crescente riconoscimento di diritti ad alto rilievo sociale, con l'espansione del *welfare State* e di interessi superindividuali che necessitano di protezione giudiziaria unitamente alla carenza di mezzi e risorse umane del sistema giurisdizionale hanno portato il sistema giudiziario, nel corso degli ultimi decenni, ad uno stato di profonda crisi⁶⁸. Ecco perché il legislatore è dovuto correre ai ripari introducendo misure svariate e differenti tra loro, quali ad esempio l'innalzamento del contributo unificato o l'espansione dell'uso dei riti speciali. Per le controversie particolarmente comuni e frequenti nella popolazione, si è rivolta l'attenzione ai mezzi di risoluzione delle controversie alternativi al costoso e complesso processo ordinario, prima fra tutti, la conciliazione preventiva.

Come vedremo, talvolta si è fatto tesoro dell'esperienza passata al fine di non ricadere negli errori compiuti, talaltra ciò non si è verificato. Si pensi, ad esempio, alla concentrazione in capo al medesimo soggetto del ruolo di "paciere" dapprima, e poi, eventualmente, di giudice. L'esperienza ha insegnato che questo doppio ruolo costituisce un impedimento al fine di far comunicare liberamente e apertamente le parti tra loro. Infatti, il timore che quanto affermato in sede di conciliazione possa in qualche modo indirizzare il giudizio del giudice nella successiva ed eventuale fase contenziosa ha quasi sempre condotto al naufragio del tentativo di conciliazione. Questo dato di fatto, empiricamente emerso nelle applicazioni dell'istituto avvenute in passato, non sempre è stato sufficientemente ricordato dal legislatore ogni qual volta egli abbia voluto optare di nuovo per la strada della conciliazione.

Nelle ipotesi che passeremo in rassegna, lo strumento conciliativo al quale è ricorso il legislatore è stato imposto alle parti in conflitto come elemento e passaggio obbligatorio del processo. Infatti, lo scopo fortemente perseguito, di evitare che un eccessivo carico di controversie potesse paralizzare il funzionamento delle strutture giudiziarie, ha fatto sì che questo strumento non riposasse più sulla libera volontà delle parti ma divenisse una condizione di ammissibilità della domanda, la cui mancanza (rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo) determinava la

⁶⁸ Cfr. in termini, F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pag. 83.

chiusura immediata del procedimento con una decisione di rigetto per motivi puramente processuali⁶⁹.

3.1 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di contratti agrari a seguito della Legge 3 maggio 1982, n. 203.

Con l’emanazione della Legge 3 maggio 1982, n. 203 è stata introdotta nel nostro ordinamento l’ipotesi dell’esperimento conciliativo extragiudiziale quale condizione di proponibilità della domanda giudiziale in materia di contratti agrari⁷⁰. L’articolo 46 della detta legge, oggi abrogato a seguito del Decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, stabiliva quanto segue:

«Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa a una controversia in materia di contratti agrari e' tenuto a darne preventivamente comunicazione, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, all'altra parte e all'ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio.

Il capo dell'ispettorato, entro venti giorni dalla comunicazione di cui al comma precedente, convoca le parti ed i rappresentanti delle associazioni professionali di categoria da esse indicati per esperire il tentativo di conciliazione della vertenza.

Se la conciliazione riesce, viene redatto processo verbale sottoscritto da entrambe le parti, dai rappresentanti delle associazioni di categoria e dal funzionario dell'ispettorato.

Se la conciliazione non riesce, si forma egualmente processo verbale, nel quale vengono precisate le posizioni delle parti.

⁶⁹ *Ivi*, pag. 89.

⁷⁰ Qualche anno prima, con la Legge 27 luglio 1978, n. 392, era stata inserita la stessa tipologia di esperimento conciliativo in materia di locazione; sebbene in sede di discussione parlamentare si fosse paventata la scelta del procedimento di conciliazione da svolgere in sede extragiudiziale, presso apposite commissioni di conciliazione per l’equo canone (cosiddette “Commissioni casa”), alla fine si optò per l’esperimento in sede giudiziale e precisamente di fronte al giudice competente per il successivo giudizio.

Nel caso in cui il tentativo di conciliazione non si definisca entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui al primo comma, ciascuna delle parti e' libera di adire l'autorità giudiziaria competente».

Sebbene tale articolo spiegasse quali erano i passaggi relativi all'azionabilità dell'esperimento, come si può notare, dalla lettera della norma non si evinceva in modo chiaro ed esplicito la configurazione del tentativo di conciliazione come condizione di proponibilità della domanda giudiziale. Per rendere il campo completamente scevro da interpretazioni contraddittorie intervenne, oltre alla dottrina⁷¹, la giurisprudenza della suprema Corte di cassazione. Il giudice di legittimità, infatti, con svariate sentenze⁷² stabilì una volta per tutte che la mancanza dell'esperimento conciliativo in quest'ambito, rilevabile anche d'ufficio nel corso del giudizio di merito, comportava la definizione della causa con sentenza dichiarativa di improponibilità⁷³.

La norma imponeva che tale tentativo si tenesse dinanzi all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio. La ragione di questa scelta, che è certamente il frutto di una evoluzione della concezione dell'istituto, va tuttavia ricercata tra le disposizioni del Codice di procedura civile. Infatti nella sua versione originaria, agli articoli dal 430 al 433⁷⁴, si prevedeva il tentativo di conciliazione obbligatorio per le controversie in materia di lavoro agrario, e in particolare per i rapporti di mezzadria, di colonia parziaria e di piccola affittanza⁷⁵ da esperirsi presso

⁷¹ Si veda, a titolo di esempio, la bibliografia presente nelle note di Luigi GARBAGNATI, *Giurisprudenza agraria*, Volume I, Giuffrè editore, Milano, 2007, pp. 24-25.

⁷² Cfr. a titolo di esempio: Cass. 5 giugno 1995, n. 6295 e Cass. 1 agosto 2001, n. 10497 in F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pag. 92; Cass. (III sezione) 15 luglio 2008, n. 19436 e Cass. (III sezione) 29 gennaio 2010, n. 2406 in Fortunato LAZZARO e Roberto MUCCI, *La semplificazione dei riti e le recenti riforme del codice*, Giuffrè editore, Milano, 2012, pp. 132-134. Per altra giurisprudenza sul punto si veda Luigi GARBAGNATI, Massimo NICOLINI e Cristina CANTÙ, *I contratti agrari: rassegna di giurisprudenza sulle Leggi 3 maggio 1982, n. 203 e 14 febbraio 1990*, seconda edizione, Giuffrè editore, Milano, 2007, pp. 319-363.

⁷³ Facevano eccezione solo i casi in cui il procedimento conciliativo non fosse definito nel termine di sessanta giorni a causa di eventuali ritardi da computare all'ispettorato. In questo caso si ritenne che non sarebbe stato rispettato quanto stabilito dalla Corte costituzionale, secondo la quale il previo tentativo di conciliazione non integrava nella specie un "adempimento vessatorio di difficile osservanza, né un'insidiosa complicazione processuale tale da ledere il diritto di difesa dell'attore" (Cfr. Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 73 in F. SANTAGADA, *Op. cit.*, pag. 93).

⁷⁴ Articoli che ricalcano a sommi tratti l'articolo 5, comma I, Regio Decreto 21 maggio 1934, n. 1073.

⁷⁵ Così come stabilito dall'articolo 429 del Codice di procedura civile nella versione precedente alla Legge 11 agosto 1973, n. 533. Oltre a queste materie, tale tentativo era previsto anche per le controversie su rapporti di lavoro e di impiego che sono o possono essere disciplinati da contratti collettivi o da norme equiparate; su rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti di enti pubblici

l'associazione legalmente riconosciuta che rappresenta la categoria a cui appartiene la parte⁷⁶. Tale previsione, nell'ottica del legislatore del tempo, corrispondeva alla logica corporativistica tesa più alla tutela del gruppo sociale di riferimento anziché al singolo, il quale era condotto ad affrontare le dinamiche sociali che lo riguardavano esclusivamente attraverso un organo che lo rappresentasse e in una sede (extragiudiziale) che fosse in qualche modo più congeniale alle contrattazioni e transazioni delle varie corporazioni. Questa concezione ideologicamente orientata, benché il testo dell'articolo 46 presenti diverse similitudini con i citati articoli del Codice di procedura civile, possiamo ritenerla scomparsa con la legge del 1982; infatti, l'organo dell'Ispettorato provinciale dell'agricoltura, poiché costituito da soggetti ritenuti competenti in materia, conoscitori delle dinamiche contrattuali, nonché agenti nel settore agricolo, deve ritenersi nelle intenzioni del legislatore come il più idoneo ad aiutare le parti a giungere ad un'equa soluzione della controversia sorta tra loro e non come lo spazio in cui favorire gli interessi corporativistici.

In ogni caso l'intento principale perseguito dal legislatore dell'82 era senza dubbio quello di porre un filtro nell'accesso alla giurisdizione, per il timore che un eccessivo carico di controversie potesse paralizzare oltremodo il funzionamento delle stesse strutture giudiziarie inserendovi allo stesso tempo anche un'agevolazione al componimento delle controversie nel mondo del lavoro agricolo.

In questo ambito della società, in cui le relazioni di fiducia tra coloro che offrono e coloro che richiedono lavoro costituiscono assai spesso un tratto essenziale delle dinamiche produttive, la strada della media conciliazione, oltre ad essere un'opportunità per tutti nella risoluzione delle controversie, è anche il meccanismo più idoneo per gestire i relativi rapporti giuridici.

inquadri nelle associazioni sindacali; su rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici, che dalla legge non sono devoluti ad altro giudice.

⁷⁶ Oltre a quest'obbligo, il legislatore ne aggiunse anche un altro, da esperirsi dinanzi al giudice, con l'articolo 7 della Legge 2 marzo 1963, n. 320. Con questa legge, infatti, vennero soppresse le Sezioni specializzate (Commissioni arbitrali) per la risoluzione delle controversie in materia di contratti agrari e affitto dei fondi rustici, affidando le medesime a collegi giudicanti interni alla magistratura.

3.2 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di lavoro a seguito della Legge 11 maggio 1990, n. 108 e del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

Con l'articolo 5 della Legge 11 maggio 1990, n. 108 è stato introdotto nel nostro ordinamento l'obbligo di tentare la conciliazione per le controversie sorte in materia di licenziamento individuale nella piccola impresa, ed esteso, a seguito dell'articolo 36 del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, alle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e a quelle relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 409 del Codice di procedura civile.

Più che di una introduzione è opportuno parlare di una reintroduzione. Infatti per questo tipo di controversie, così come, per gli stessi motivi poc'anzi espressi, relativamente alle controversie sui rapporti di lavoro agrario, il legislatore ha sempre trattato la materia con una netta differenziazione rispetto al trattamento giurisdizionale riservato a qualsiasi altra controversia scaturente da rapporti contrattuali o extracontrattuali. Possiamo allora individuare un filone di interventi legislativi che vanno dall'istituzione napoleonica del *Conseil de prud'hommes*, passando per i "Collegi dei probiviri"⁷⁷ nell'Italia unita (introdotti con la Legge 15 giugno 1893, n. 295), cui fecero seguito le riforme fasciste del 1926, 1928 e 1934⁷⁸,

⁷⁷ Ispirandosi al modello francese dei *Conseils de prud'hommes* (vedi § 2), i Collegi dei probiviri avevano funzioni sia conciliative che giurisdizionali. Erano istituiti presso gli stabilimenti industriali ed erano formati da industriali e operai e presieduti da un giudice togato o un giudice conciliatore. All'interno di ogni collegio poi, era costituito un ufficio di conciliazione che aveva il compito di esperire il componimento amichevole delle controversie, giuridiche ed economiche, elencate all'articolo 8 della legge istitutiva (tra le quali troviamo, ad esempio, le controversie sulle pattuizioni dei salari, sui danni arrecati alla persona o alla fabbrica, sullo scioglimento del contratto di lavoro e sulle trasgressioni disciplinari). L'importanza assunta dall'esperienza probivirale incise molto in tema di contratto individuale di lavoro, poiché da essa scaturì una giurisprudenza ispirata a canoni di equità e diretta a colmare le lacune di una disciplina codicistica espressa soltanto da generici articoli. (Cfr. sul punto, A. NASCOSI, *Op. cit.*, pp. 22 e seguenti).

⁷⁸ In materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie, anche durante il fascismo si rimarca la differenza di trattamento per le controversie di lavoro, andando in controtendenza rispetto alla politica di accentramento del potere giudiziario, amministrato esclusivamente dallo Stato. Il legislatore fascista, infatti, sebbene avesse mirato ad una razionalizzazione delle giurisdizioni, abolendo i Collegi probivirali (con il R.D. 26 febbraio 1928, n. 471), istituì la Magistratura del lavoro cui erano demandate le controversie collettive (fino a quel momento ignorate anche dai Collegi dei probiviri) e le controversie individuali in grado di appello. Inoltre, con il R.D. 21 maggio 1934, n. 1073, venne disposta l'improponibilità della domanda giudiziale se non preceduta dalla denuncia della controversia all'associazione sindacale legalmente riconosciuta della categoria cui appartiene chi intende proporre la domanda, anche se questi non abbia la qualità di associato. A

sfociando infine nel Codice di procedura civile agli articoli 430 e seguenti in vigore, come già accennato, fino all'introduzione della Legge 11 agosto 1973, n. 533. In tutte queste previsioni normative si ravvisano come elementi comuni l'obbligatorietà dell'istituto conciliativo e la presenza di un soggetto, cui è demandata la conduzione del procedimento, diverso dal giudice ordinario. Del resto, in un quadro di rapidi e profondi mutamenti sociali, per risolvere questo tipo di controversie collettive, che vanno a toccare tanto da vicino il tessuto sociale e i suoi nervi scoperti, se ci si fosse affidati esclusivamente allo strumento giurisdizionale, avremmo ottenuto, a seconda della legge e delle sue interpretazioni, soluzioni a favore dell'una o dell'altra parte. Ciò non avrebbe certo favorito un componimento delle pretese contrapposte e così il raggiungimento di una pacificazione sociale, al contrario, si sarebbero repressi istanze e interessi legittimi degli uni o degli altri, causando ulteriori tensioni sociali con possibili *escalations* su tutto il territorio nazionale⁷⁹.

A queste motivazioni, che per molti anni hanno fondato la *ratio* dell'istituto, si aggiunse la ben nota esigenza di deflazionare il carico giurisdizionale che nel frattempo era aumentato esponenzialmente, rischiando di compromettere l'attività del giudice del lavoro. A conferma di ciò vi è il fatto che il tentativo non venne imposto per i procedimenti cautelari e monitori (in quanto caratterizzati dalla speditezza e quindi considerati già per se stessi, in qualche modo, deflattivi) e per la proposizione di domanda riconvenzionale (nel qual caso resterebbe pendente la domanda principale)⁸⁰.

Sia la Legge 11 maggio 1990, n. 108 che il Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 hanno stabilito l'improcedibilità della domanda giudiziale nei casi in cui non si fosse prima esperito il tentativo di conciliazione nelle modalità fissate agli articoli

seguito della denuncia, l'associazione sindacale doveva interporre i suoi uffici per la composizione della controversia attraverso l'associazione di categoria contrapposta (articolo 5, II e III comma).

⁷⁹ Ci si riferisce in particolare ad alcuni momenti storici quali le "lotte di classe" dell'800, i contrasti politici del secondo dopoguerra e i cosiddetti "anni di piombo" che dal 1968 fino agli inizi degli anni '80 del secolo scorso, portarono anche a tensioni sociali ed episodi terroristici politicamente orientati. Inoltre, per quanto riguarda la politica del Ventennio, come sottolineato in dottrina, "lo scopo perseguito dal regime fascista con il tentativo di conciliazione non mirava tanto a ridurre il carico giudiziale degli uffici, bensì cercava di convogliare le controversie di lavoro entro spazi ben circoscritti, con lo scopo di controllare tutto il contenzioso ed evitare che esso sfociasse in conflitti collettivi, dannosi per il mondo imprenditoriale motore dell'economia autarchica dell'epoca" (A. NASCOSI, *Op. cit.*, pp. 32).

⁸⁰ Cfr. Angelo Matteo SOCCI, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 41-45.

410 e 411 del Codice di procedura civile. Articoli che precedentemente prevedevano, e tutt'oggi prevedono, il tentativo conciliatorio facoltativo.

Come stabilito dall'articolo 410, III comma, del Codice di procedura civile, la sede in cui deve esperirsi il tentativo è individuata nella commissione di conciliazione istituita presso la Direzione provinciale del lavoro. Tuttavia, se è espressamente previsto dal C. C. N. L., il procedimento conciliativo può esperirsi presso la sede di una rappresentanza sindacale (ciò anche a motivo delle croniche carenze di organico da parte dell'ente amministrativo). Infatti, come stabilito dalla sentenza della Corte di cassazione 10 giugno 1995, n. 6558: «Una volta avvenuta la conciliazione ai sensi degli articoli 410 e 411 c.p.c., resta perfezionato l'incontro delle volontà delle parti, rispetto alle quali volontà gli adempimenti previsti all'articolo 411 c.p.c. (deposito presso l'ufficio del lavoro; deposito nella cancelleria della pretura) si pongono come formalità esterne ed estranee rispetto all'essenza negoziale della conciliazione; invero, il deposito presso l'ufficio del lavoro tende unicamente ad una garanzia di autenticità, mentre quello in pretura è previsto ai fini dell'esecutività del verbale di conciliazione»⁸¹. Dunque se la funzione della Direzione provinciale del lavoro è quella di conferire autenticità all'eseguendo procedimento, garantendo che la conciliazione non si sostanzi nella realtà in una prevaricazione della parte datoriale sul lavoratore, è pacifico che ciò possa avvenire anche nel caso alternativo di una conciliazione in sede sindacale, sempreché ciò sia previsto dal C. C. N. L..

Laddove ci si trovi in difetto di questa previsione contrattuale, è necessario quanto meno uno specifico mandato conferito all'associazione sindacale, in forza del quale gli accordi stipulati in sede conciliativa si possono considerare come rientranti nella volontà del singolo associato per il quale è stata posta in atto l'assistenza del sindacato⁸².

Competente per territorio era la commissione nella cui circoscrizione, provincia o zona, si trova l'azienda o una qualsiasi dipendenza di questa alla quale il

⁸¹ Citata in A. M. SOCCI, *Op. cit.*, pag. 46.

⁸² Cass. 13 maggio 1987, n. 4408 in A. M. SOCCI, *Op. cit.*, pag. 48.

lavoratore è addetto, o presso la quale prestava la sua opera al momento della fine del rapporto⁸³.

Il procedimento davanti alla commissione, caratterizzato da grande semplicità e libertà di forme, si attiva con la richiesta proposta direttamente dall'interessato oppure inoltrata tramite un'associazione sindacale, e deve includere, tra gli altri elementi, anche una prima e sommaria identificazione dei termini della controversia⁸⁴.

Una volta ricevuta la richiesta, la commissione procede alla convocazione delle parti, per una prima riunione da tenersi nel termine ordinario di dieci giorni dalla data di ricevimento della richiesta stessa. Per essere certo di non rendere l'istituto "un adempimento vessatorio di difficile osservanza, né un'insidiosa complicazione processuale tale da ledere il diritto di difesa dell'attore"⁸⁵, il legislatore, con l'art. 37 del citato D.Lgs. n. 80 del 1998, inserì anche l'articolo 410-*bis* nel Codice di procedura civile. Con questa norma si poneva un termine di sessanta giorni (novanta per le pubbliche amministrazioni) dalla presentazione della richiesta, per l'espletamento del tentativo, superato il quale si considerava come effettuato.

Una particolarità di questo tipo di tentativo obbligatorio riguardava le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche. Il Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (articoli 68 – 69-*bis*), costituendo una *species* della normativa di cui agli articoli 410 e 411 c.p.c., ha stabilito che per questo tipo di controversie lavorative, «*se non si raggiunge l'accordo tra le parti, il Collegio di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Nel successivo giudizio sono acquisiti, anche di ufficio, i verbali concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito. Il giudice valuta il comportamento tenuto*

⁸³ Cfr., in termini, Paolo S. NICOSIA, *La tutela extragiudiziale degli interessi: Negoziazione, conciliazione, mediazione e arbitrato*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2002, pp. 113-116.

⁸⁴ Cfr. *ibidem*

⁸⁵ Ordinanza della Corte costituzionale 14 - 21 gennaio 1988, n. 73.

dalle parti nella fase conciliativa ai fini del regolamento delle spese.» (Articolo 69-bis, VI e VII comma⁸⁶).

Dunque la proposta di conciliazione deve essere obbligatoriamente rivolta alle parti e verbalizzata, ma non solo, le parti devono indicare il motivo del rifiuto della proposta. Ovviamente il timore di non poter conciliare e quindi di vedersi sanzionare, anche solo dal punto di vista delle spese, ha comportato un atteggiamento delle parti volto a disertare i collegi di conciliazione, per attendere lo scadere del termine ed avviare l'ordinario procedimento giurisdizionale. Possiamo dire di trovarci davanti al primo esempio di mediazione cosiddetta aggiudicativa, una tipologia che, come già riferito, oltre che invisibile alla dottrina e ai pratici del diritto, si è sempre rivelata fallimentare. Anche nel caso delle controversie di lavoro pubblico, infatti, questo tipo di conciliazione non è mai decollato nonostante i diciassette anni nei quali è rimasta in vigore nel nostro ordinamento.

Oltre che per i motivi appena elencati, riguardanti il settore pubblico, l'insuccesso di questo tipo di conciliazione fu causato anche dal carattere collegiale dell'organo preposto a questo procedimento. Le commissioni istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro, composte in via ordinaria da sedici membri come stabilito dall'articolo 410 c.p.c., non risultavano in grado di soddisfare le innumerevoli richieste di espletamento del tentativo di conciliazione. Si può ritenere che proprio a causa di questo dato di fatto emerso dall'applicazione dell'istituto, il legislatore sia intervenuto con il Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, introducendo la possibilità del tentativo di conciliazione facoltativo, di tipo monocratico e avente funzioni ispettive oltreché conciliative⁸⁷.

Lo scarso investimento in termini di professionalità e autorevolezza del soggetto conciliatore ha portato questo tipo di tentativo obbligatorio all'insuccesso e, conseguentemente all'eliminazione dall'ordinamento, a seguito della riforma della disciplina del lavoro con la Legge 4 novembre 2010, n. 183, ("Collegato lavoro").

⁸⁶ Abrogato dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e trasposto all'articolo 64 del medesimo Decreto.

⁸⁷ La conciliazione monocratica è sempre riservata alle Direzioni provinciali del lavoro, le quali tuttavia potevano attuarla sia con personale ispettivo, sia con qualifiche diverse, ma anche demandandola alle Direzioni regionali. Per un approfondimento sul punto si veda Luca ZACCARELLI, *La conciliazione monocratica nelle controversie di lavoro*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, a cura di Nicola SOLDATI, Gruppo24ore, Milano, 2010, pp. 11-28.

Tuttavia fanno eccezione le controversie relative ai contratti certificati di cui all'articolo 80, IV comma del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per le quali l'obbligatorietà rimane.

La riforma del lavoro del 2010, eliminando il procedimento previsto dalle disposizioni di legge del 1990 e 1998, ha però inserito una forma di conciliazione obbligatoria giudiziale. Infatti, modificando l'articolo 420 del codice di rito, ha stabilito che «Nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva o conciliativa. La mancata comparizione personale delle parti, o il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio». Sebbene si riproponga il problema (tipico della conciliazione giudiziale) del soggetto mediatore che, indossando gli autoritari panni del giudice, ha grandi difficoltà a stimolare sufficientemente le parti ad una esposizione più ampia delle proprie ragioni, per il timore di “mettersi nei guai”, tuttavia, è interessante notare che viene concesso al giudice uno strumento particolarmente idoneo per condurre la mediazione, si tratta dell'interrogatorio libero. Questa fase, posta al principio della prima udienza di discussione della causa, quando i toni e le richieste non hanno ancora raggiunto un alto grado di inasprimento, può permettere al giudice di comprendere meglio la situazione e se questa possa trovare una soluzione senza la necessità di giungere all'emanazione di un provvedimento quale *extrema ratio*. Come è stato sottolineato da alcuni⁸⁸, con l'interrogatorio libero si soddisfa quell'esigenza primaria dei litiganti di poter spiegare al giudice le proprie ragioni (“*io voglio parlare col giudice e spiegargli la mia questione*”), senza l'intermediazione tecnica e paludata dei difensori. La creazione di una classe forense professionale ha storicamente impedito il contatto diretto tra i litiganti ed il giudice, aumentando la macchinosità del processo ed allontanandolo dalla realtà. Le parti sanno perché litigano e, quindi, sono le sole che possono aiutare il giudice nel difficile compito di comprendere e selezionare i fatti controversi che devono essere provati. Nel rito del lavoro, pertanto, questa fase iniziale del procedimento può ridurre gli effetti negativi del principio di preclusione, cioè il giudice ascoltando le

⁸⁸ Cfr. A. M. SOCCI, *Op. cit.*, pp. 6-20.

parti che conoscono direttamente i fatti di causa, può meglio intuire i fatti che necessitano realmente di essere ricostruiti⁸⁹.

L'interrogatorio libero, che può rivelarsi una vera e propria opportunità per un eventuale accordo, si trova tra due limiti ostacolanti. Il primo è dato, come già detto, dal fatto che colui che fa la proposta transattiva è lo stesso giudice del giudizio, quindi tutto ciò che emergerà dall'interrogatorio libero potrà fondare il convincimento del giudice al fine della decisione. L'altro limite è costituito da un'altra novità, anch'essa introdotta dal "Collegato lavoro". Sulla scia del *favor conciliationis*, modificando l'art. 420, si è reso più concreto il tentativo di conciliazione avvertendo le parti che la loro assenza, un loro rifiuto ingiustificato della proposta o un comportamento non collaborativo ai fini del bonario componimento della controversia, potrebbe essere valutato dal giudice ai fini della decisione: il giudice ne può desumere argomenti di prova (cioè elementi aggiuntivi ed integrativi rispetto ad altro materiale probatorio) ai sensi dell'articolo 116, II comma del Codice di procedura civile. Per dirla in modo più semplificato, se le parti nel corso di questa fase si espongono troppo, rischiano di compromettere la loro posizione, se invece non collaborano sufficientemente con il giudice, ne potranno risentire successivamente sul piano probatorio.

Se questi due limiti si rivelino un ostacolo, oppure uno stimolo alla conciliazione, dipende da molti fattori. Anzitutto dalla effettiva conciliabilità degli interessi contrapposti, poi dal grado di fiducia che le parti e i rispettivi procuratori sapranno dare all'esperimento e, non ultimo in questa tipologia di tentativo, dalla preparazione e dall'esperienza del giudice in termini di conoscenze sulla mediazione e sulle tecniche di risoluzione dei conflitti.

⁸⁹ Cfr. *ibidem*.

3.3 La conciliazione nel “modello Telecom” e il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni a seguito della Legge 31 luglio 1997, n. 249.

Un settore nel quale il procedimento di conciliazione ha riscosso rilevante successo è quello relativo ai rapporti tra imprese e consumatori-utenti. La presenza di un elevato numero di utenti potenzialmente interessati da vertenze di limitato valore economico ha spinto alcuni gestori a sviluppare il ricorso a metodi alternativi di risoluzione del contenzioso. Nello specifico, come apripista di questa nuova modalità di composizione della controversie, si era proposta la Telecom Italia S.p.A. (già SIP), la quale, dal 1989, adottando un protocollo di intesa con dodici diverse associazioni di consumatori iniziò ad offrire ai propri clienti che reclamavano un qualche disservizio o un errore di fatturazione, la possibilità di risolvere la questione attraverso una procedura conciliativa organizzata direttamente dall'azienda. Tale procedura prevedeva l'istituzione di commissioni di conciliazione dette “paritetiche”, nel senso che erano composte da un rappresentante dell'azienda e da un rappresentante dell'associazione di consumatori incaricata di seguire il singolo caso. Dopo una prima fase di sperimentazione regionale, dal 1993 la procedura fu estesa a tutto il territorio nazionale anche con il sostegno economico dell'Unione europea che nel 1995 la riconobbe come “progetto pilota” per l'accesso dei consumatori alla giustizia.

Come è stato fatto notare, questo tipo di procedimento si inserisce a pieno titolo nel filone dei procedimenti conciliativi di tipo amministrativo, tipici della tradizione anglosassone, finalizzati alla gestione della micro-conflittualità tra azienda e cliente. Il rapporto diretto che si instaura tra i due componenti della commissione agevola un approccio collaborativo nella ricerca delle soluzioni, le quali, non di rado, possono prendere in considerazione anche aspetti normalmente irrilevanti nella gestione pratica di un reclamo, come può avvenire nel caso di utenti gravati da difficili situazioni personali, sociali o familiari. La possibilità, poi, di usufruire di strutture aziendali per il supporto logistico ed amministrativo degli incontri conciliativi (le segreterie di conciliazione si trovano presso ciascuna direzione regionale di Telecom) assicura un notevole abbattimento dei costi, consentendo di

offrire spesso la completa gratuità della procedura per i consumatori⁹⁰. A queste agevolazioni si aggiungeva il formale impegno dell'azienda a non intraprendere iniziative di autotutela nei confronti del proprio utente (ad esempio la sospensione del servizio), anche se fosse risultato moroso, per tutta la durata della procedura, e in caso di mancata conciliazione per ulteriori trenta giorni⁹¹.

Dopo pochi anni dalla sua introduzione, questo procedimento aveva ottenuto già un chiaro successo, l'elevato numero delle pratiche trattate in conciliazione, solo dal 1995 al 2000, è stato di oltre ventimila domande⁹². Possiamo individuare almeno tre elementi, alcuni dei quali, paradossalmente, potrebbero apparire come dei limiti almeno in linea teorica, ma che in realtà si sono rivelati punti di forza:

1. la differente forza contrattuale e conseguentemente lo squilibrio nel potere di negoziazione (tra l'altro negli anni '90 del secolo scorso la Telecom operava in regime di monopolio);
2. l'assenza di un soggetto terzo e imparziale, il mediatore, che guida e coadiuva le parti. Si tratta, evidentemente, non di un procedimento di mediazione bensì di un procedimento negoziale. Sul punto è interessante notare che, se la funzione del mediatore è quella di essere uno strumento per far comunicare le parti, tale funzione viene assolta dall'introduzione di un'altra caratteristica innovativa: la negoziazione viene portata avanti dai rappresentanti delle parti e non dalle parti stesse, che al massimo possono essere sentite nel corso del procedimento. Questo permette che si evitino chiusure o rigide prese di posizione dettate dagli stati emotivi delle parti ed inoltre fa sì che il tentativo possa beneficiare della presenza di protagonisti esperti nell'affrontare tutti gli aspetti anche più tecnici della controversia⁹³;
3. la sede dove avviene l'incontro corrisponde alla Segreteria regionale dell'ufficio di conciliazione, quindi una sede aziendale e non certamente un luogo neutro, che tuttavia contribuisce all'economicità del procedimento.

⁹⁰ Cfr. in termini, Maurizio DI ROCCO, *La conciliazione nel settore telecomunicazioni*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, a cura di Nicola SOLDATI, cit., pp. 85-117.

⁹¹ Cfr. Paolo S. NICOSIA, *Op. cit.*, pp. 137-139.

⁹² Fonte: comunicato Telecom ARC.RCI – Roma, 22 febbraio 2000, riportato in M. DI ROCCO, *Op. cit.*, pag. 85, *sub* nota n. 1.

⁹³ In realtà il numero delle opzioni concretamente raggiungibili è assai spesso limitato alla determinazione della misura di un pagamento o di un risarcimento.

Già le prime fasi della sperimentazione avevano dimostrato come il progetto fosse in grado di dare all'utente una risposta efficace, rapida, gratuita e, nella stragrande maggioranza dei casi, soddisfacente o almeno accettabile. Ciò ha permesso a questo modello di conciliazione, imitato in seguito da numerose altre aziende, di raggiungere uno degli obbiettivi più importanti che lo hanno portato al successo, e cioè il mantenimento del cliente reclamante. Infatti, la soddisfazione percepita dall'utente con la conciliazione induce spesso il medesimo a mantenere il rapporto fiduciario e di clientela. Ora, in un mercato concorrenziale di operatori telefonici sempre più agguerriti, trattenere il cliente e quindi non "donarlo" alle compagnie concorrenti può risultare per l'azienda un obiettivo talmente importante da farle assumere una maggiore disponibilità nel venire incontro alle richieste del cliente nella fase della negoziazione.

Conclusivamente, si può osservare che lo sviluppo del progetto di "conciliazione Telecom" ha rappresentato un'occasione unica per la diffusione a un pubblico vastissimo di una vera e propria cultura della conciliazione, nonché una prospettiva rivoluzionaria nel rapporto tra utenti ed erogatori di servizi⁹⁴.

Il legislatore, volgendo lo sguardo a questa esperienza, l'ha inquadrata come un aspetto fondamentale per la regolazione del mercato e ha cercato di dare il proprio contributo al fine di migliorarla ed ottenere così anche un alleggerimento del carico giurisdizionale relativo a questo tipo di controversie, che sono particolarmente elevate nel numero ma hanno scarso valore e possono essere risolte anche con soluzioni atipiche e variegate.

Il primo intervento da segnalare riguarda la creazione di uno spazio neutro e adeguato alla negoziazione per questo tipo di conflitti. Infatti, l'articolo 2 della Legge di riforma 29 dicembre 1993, n. 580, nell'attribuire alle Camere di commercio il compito di elaborazione degli standard commerciali e di controllo sulla presenza di clausole inique nei contratti, ha attribuito alle stesse anche il compito di predisporre

⁹⁴ Cfr. P. S. NICOSIA, *Op. cit.*, pp. 137-139.

degli uffici conciliativi ed arbitrali per la soluzione di conflitti di natura commerciale intercorrenti tra le imprese ed i consumatori⁹⁵.

È con questa disposizione normativa e in questa sede che nasce il modello di mediazione civile che conosciamo oggi e al quale si riferiscono le più recenti normative. Un procedimento in cui si iniziano a tratteggiare e delineare le caratteristiche e i passaggi tipici della mediazione, che viene esercitata imparzialmente da professionisti delle tecniche di *ADR*, iscritti in appositi elenchi della camera di appartenenza dopo aver seguito specifici corsi di formazione, soggetti chiamati ad ispirare fiducia e autorevolezza procedurale e tecnica favorendo il confronto tra le parti.

L'attribuzione alle Camere di commercio della funzione di mediazione e conciliazione riguarda tutte le controversie relative al mercato; più specificamente in materia di telecomunicazioni, il legislatore è intervenuto con la Legge 31 luglio 1997, n 249 che costituisce un passaggio centrale nell'evoluzione del tentativo di conciliazione in quest'ambito. Le principali innovazioni apportate da questa legge sono state l'introduzione del principio generale di obbligatorietà del tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni e l'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom).

Recita infatti l'articolo 1, comma XI della suddetta legge: «L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione».

⁹⁵ Cfr. in termini Stefania PELLEGRINI, *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*, Giuffrè editore, Milano, 2008, pag. 156, *sub* nota n. 61. Per uno studio più approfondito sul tema della conciliazione amministrata dalle Camere di commercio si veda, tra gli altri, *La via della conciliazione*, a cura di Sibilla GIACOMELLI, IPSOA editore (per UnionCamere Toscana), Cesano Boscone (MI), 2003.

Tale obbligo, essendo riferito alla genesi del procedimento e non anche al suo concreto svolgimento, fa sì che lo stesso procedimento rimanga volontario e fondato sulla partecipazione consensuale delle parti, nonché sulla loro espressa accettazione dell'eventuale intesa finale. Quindi ciascuna parte rimane libera di non comparire all'incontro negoziale o di abbandonarlo.

Il procedimento, caratterizzato da assoluta informalità, è stato successivamente regolamentato in dettaglio dall'Autorità stessa come delegatole dalla norma. Con Delibera n. 182/02/CONS, infatti, l'Autorità ha adottato il «Regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti»⁹⁶, poi integrato con delibere successive, rendendo concretamente attivabili presso di sé le procedure stragiudiziali a suo tempo stabilite dal legislatore⁹⁷.

Il compito di gestire le singole procedure è stato affidato dal Regolamento ad appositi Comitati regionali per le comunicazioni (Co.Re.Com.). Tuttavia, per il fatto che la nascita di questi comitati non fu immediata, si prevede per gli utenti la facoltà di esperire il medesimo tentativo anche dinanzi alle Camere di commercio territorialmente competenti ovvero dinanzi ad altri organismi di conciliazione, quali le commissioni paritetiche della conciliazione Telecom. Nonostante questa apertura al “modello Telecom”, il modello conciliativo cui l'Autorità garante ha inteso fare riferimento rimane certamente quello classico, già tipicizzato, per l'appunto, dal sistema della Camere di commercio, nel quale il ruolo centrale nella ricerca di un accordo soddisfacente è assunto dal terzo mediatore neutrale⁹⁸.

Se la conciliazione ha esito positivo, è prevista la redazione di un verbale che dovrà riportare i punti controversi e dovrà essere sottoscritto da tutte le parti presenti, nonché dal «responsabile del procedimento», cioè dal conciliatore, in funzione di soggetto certificatore dell'autenticità delle altre sottoscrizioni. Detto verbale costituirà titolo esecutivo in relazione ai titoli di pagamento in esso contenuti. Diversamente, se una delle parti non partecipa al procedimento o non si raggiunge un accordo, verrà redatto un verbale al solo fine di registrare che la controversia è stata

⁹⁶ Delibera pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* della Repubblica Italiana del 18 luglio 2002, n. 167.

⁹⁷ Cfr. in termini, M. DI ROCCO, *Op. cit.*, pp. 85-117.

⁹⁸ Cfr. *ibidem*.

sottoposta al tentativo di conciliazione. Questo verbale, cosiddetto “negativo”, è acquisibile in un successivo procedimento giudiziario quale prova documentale delle differenti prese di posizione assunte da ciascuna parte⁹⁹.

Al fine di evitare che la prevista obbligatorietà dell’esperimento conciliativo possa risultare gravemente lesiva dei diritti dell’utente-consumatore, che è poi il soggetto più debole del rapporto, il Regolamento concede a quest’ultimo la facoltà di chiedere, contestualmente alla presentazione della domanda di conciliazione, o anche nel corso della relativa procedura, al Co.Re.Com. competente (ovvero alla stessa Autorità, per tramite della Camera di commercio eventualmente adita) di procedere all’adozione di «provvedimenti temporanei diretti a garantire l’erogazione del servizio o a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento del servizio da parte dell’organismo di telecomunicazioni sino al termine della procedura conciliativa, ai sensi dell’articolo 2, comma XX, lettera e) della legge 14 novembre 1995, n. 481»¹⁰⁰.

Tutti questi interventi si rivelarono immediatamente utili, infatti l’attività svolta dai Co.Re.Com. è andata aumentando esponenzialmente negli anni successivi all’entrata in vigore del primo regolamento: dalle 10000 istanze pervenute nel 2005 si è passati alle 15179 del 2007, cui vanno aggiunte 1800 istanze rivolte direttamente all’Autorità e altre 15000 pervenute alle Camere di commercio nel solo 2008¹⁰¹.

Questo incremento, che causò un allungamento del tempo medio di gestione (in alcune regioni si erano superati i sei mesi), insieme ad altri fattori, portò l’Agcom a predisporre un nuovo Regolamento, approvato con la Delibera 137/03/CONS¹⁰². Tra le varie novità ivi introdotte si segnalano la possibilità di condurre procedimenti di mediazione anche in via telematica e la moltiplicazione dei soggetti competenti a condurre la mediazione. Accanto ai Co.Re.Com. e ai servizi conciliativi offerti dalle Camere di commercio, vengono ora considerati anche tutti gli organismi fornitori di

⁹⁹ Crf. *ibidem*.

¹⁰⁰ Articolo 2 della Delibera n. 182/02/CONS come modificato dalla successiva Delibera n. 137/06/CONS. La norma richiamata (L. n. 481/1995) si riferisce all’istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

¹⁰¹ Fonti: Relazioni annuali dell’Agcom e di UnionCamere riportati in M. DI ROCCO, *Op. cit.*, pp. 85-117.

¹⁰² Pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* della Repubblica italiana del 25 maggio 2007, n. 120 ed entrata in vigore il successivo 24 giugno 2007.

servizi *ADR* che nel frattempo si sono diffusi su tutto il territorio nazionale, poiché riconosciuti dall'articolo 141 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo) e inseriti negli appositi elenchi tenuti dal Ministero dello sviluppo economico.

In seguito, con altre delibere dell'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, si sono introdotte ulteriori novità. Anzitutto è stata conferita al Direttore della Direzione tutela dei consumatori la competenza a decidere, in via diretta e autonoma, le vertenze di valore non eccedente i 500,00 euro, salvo che le stesse riguardino casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, per i quali rimane competente in via ordinaria l'Organo Collegiale dell'Autorità¹⁰³. In ogni caso le sanzioni addebitabili agli operatori inadempienti, così come i provvedimenti d'urgenza, rimangono sanzioni di tipo amministrativo pecuniario, in quanto «misure adottate da un'autorità non giurisdizionale e conseguentemente prive dei caratteri di esecutività e coercibilità, con conseguente inidoneità a soddisfare con immediatezza ed effettività le esigenze di natura cautelare»¹⁰⁴.

Un'ultima modifica al Regolamento dell'Agcom, degna di essere menzionata, è stata apportata con Delibera n. 479/09/CONS attraverso la quale si è voluto perseguire, tra gli altri, lo scopo di velocizzare ulteriormente la gestione delle procedure, evitando l'inutile fissazione di udienze che saranno poi disertate dalle parti. A tal proposito, si è posto in capo alla parte invitata a conciliare l'onere di comunicare la propria volontà di partecipare o meno alla procedura; comunicazione che deve essere inoltrata entro dieci giorni dal ricevimento della convocazione in udienza da parte del Co.Re.Com.. In mancanza di detta comunicazione, o in caso di dichiarazione esplicita di non voler partecipare all'udienza, sarà compito del responsabile del procedimento redigere apposito verbale di mancata conciliazione, trasmettendolo tempestivamente alla parte istante. Dal canto suo, anche l'istante che intenda rinunciare all'esperimento del tentativo di conciliazione ha ora l'onere di

¹⁰³ Come stabilito con Delibera n. 502/08/CONS recante modifiche all'articolo 19 del Regolamento Agcom.

¹⁰⁴ Tribunale di Siracusa, sezione civile, Ordinanza Proc. N. 1067/2005 R.G.A.C. citata in Maria TALARICO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle telecomunicazioni: alcuni rilievi critici*, sul sito web: <http://www.personaedanno.it/telecomunicazioni/il-tentativo-obbligatorio-di-conciliazione-nel-settore-delle-telecomunicazioni-alcuni-rilievi-critici-maria-talarico> (Consultato il 03/06/2015).

darne opportuna comunicazione al Co.Re.Com., almeno cinque giorni prima della data fissata per l'udienza, a pena di vedersi verbalizzare l'esito negativo della richiesta di conciliazione¹⁰⁵.

3.4 Il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di contratti di subfornitura nelle attività produttive a seguito della Legge 18 giugno 1998, n. 192.

Con l'articolo 10, commi I e II della Legge 18 giugno 1998, n. 192¹⁰⁶, il legislatore ha voluto introdurre un'ulteriore ipotesi di tentativo stragiudiziale di conciliazione con il carattere dell'obbligatorietà. Il terreno su cui ha voluto sperimentare l'istituto, per molti versi innovativo in quanto affidato alla Camera di commercio, è relativo ad un nuovo modello di rapporto contrattuale: la subfornitura.

Questo tipo di contratto, largamente diffuso all'interno dell'articolato fenomeno del decentramento produttivo, si applica tra due imprese denominate committente e subfornitrice allorquando la "produzione di parti del prodotto finale, ovvero lo svolgimento di una o più (o al limite, se il committente si riserva la sola attività di commercializzazione, tutte le) fasi del processo produttivo, viene affidata da un'impresa (solitamente di grandi dimensioni) ad un'altra impresa (generalmente medio-piccola)"¹⁰⁷.

Il decentramento produttivo è divenuto in Italia sempre più attività di sviluppo e di flessibilità dell'industria e, al tempo stesso, di alta specializzazione della piccola impresa. L'intento del legislatore era quello di dettare una disciplina che riequilibrasse la posizione del subfornitore, considerata inferiore in quanto spesso coincidente con la figura di un imprenditore medio-piccolo, che opera per poche

¹⁰⁵ Cfr. in termini M. DI ROCCO, *Op. cit.*, pp. 85-117.

¹⁰⁶ Pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* della Repubblica italiana n.143 del 1998 ed entrata in vigore il 20 ottobre 1998.

¹⁰⁷ Roberto LECCESE, *Commento all'art. 1*, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno, n.192*, a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, Milano, 1999, pp. 4 e 5, citato in Alessandro BIANCHI e Monica IPPOLITO, *La subfornitura e la procedura conciliativa amministrata dalle Camere di commercio, secondo la Legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *La via della conciliazione*, a cura di Sibilla GIACOMELLI, cit., pp. 175 e 176.

imprese di grandi dimensioni (quando non per una sola) da cui dipende sul piano della tecnologia, spesso anche della fornitura della materia prima e di cui subisce la politica commerciale¹⁰⁸. In altre parole, la Legge 18 giugno 1998, n. 192, sembra volta a regolare i rapporti di collaborazione produttiva verticale tra grandi imprese e imprese medio-piccole, con l'obiettivo di ridurre le condizioni di inferiorità contrattuale che, nella prassi, hanno sempre caratterizzato la posizione degli imprenditori economicamente più deboli rispetto alle controparti più forti¹⁰⁹. Per un esempio basti pensare alla facoltà concessa al subfornitore di ottenere un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo a fronte del mero ritardo nel pagamento del prezzo da parte del committente¹¹⁰.

In questo quadro si inserisce un sistema di risoluzione delle eventuali controversie che passa in prima istanza dal tentativo di conciliazione e, successivamente, dal giudizio arbitrale condotto da un'apposita commissione costituita anch'essa presso la Camera di commercio territorialmente competente in ragione della sede (non necessariamente quella legale) dell'impresa subfornitrice. Oltre al solito scopo di snellire il carico giudiziario del contenzioso civile, troviamo quello di prevenire ed evitare l'insorgenza di una lite giudiziaria, dove palese appare la condizione di vantaggio della grande impresa, in grado non solo di affrontare un lungo quanto costoso *iter* processuale, ma anche di allestire una più agguerrita e qualificata difesa tecnica¹¹¹.

La Camera di commercio, che, come già detto, costituisce l'organismo presso il quale può essere validamente espletato il tentativo, detiene questa competenza, come disposto dal legislatore, in via esclusiva. Ciò può essere motivato non tanto dalla dotazione di personale esperto del settore che possa fornire un valido aiuto nel procedimento di mediazione - infatti di ciò ne dispongono anche altri numerosi organismi privati di conciliazione - ma soprattutto dal fatto che tale organismo è

¹⁰⁸ Cfr. Giorgio DE NOVA, Commento *sub* art. 1, in *La subfornitura*, a cura di G. DE NOVA, Ipsoa, Milano, 1998, pag. 5.

¹⁰⁹ Cfr. A. BIANCHI e M. IPPOLITO, *Op. cit.*, pp. 175 e 176.

¹¹⁰ Come stabilito dall'articolo 3, comma IV della legge in esame.

¹¹¹ Cfr. in termini, Federico CIACCAFAVA, *La conciliazione nella subfornitura industriale*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, a cura di Nicola SOLDATI, cit., pag. 247.

preposto per legge alla tutela degli interessi generali delle imprese e a curarne lo sviluppo nell'ambito delle economie locali¹¹².

Dalla lettera della norma¹¹³ ricaviamo che oggetto del procedimento di mediazione sono le controversie relative ai contratti di subfornitura. Quindi, per delimitare l'ambito di applicabilità della norma, è necessario riferirci alla regolarità dell'accordo e agli elementi in esso contenuti, ovvero:

a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali;

b) il prezzo pattuito;

c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento.

Chiarito questo aspetto, sempre dalla lettera della norma emerge una formulazione imperfetta circa la mancata previsione di effetti in caso di sua inosservanza. In altre parole, che cosa accade se viene adito il giudice ordinario senza prima aver attivato la procedura prevista? Giurisprudenza e dottrina forniscono risposte contrastanti. Secondo i giudici di merito, il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione costituisce un presupposto processuale in senso stretto e quindi una causa di improponibilità delle azioni nascenti dal rapporto di subfornitura, con conseguente rigetto in rito della domanda giudiziale introdotta dall'attore; quest'ultimo, ove intenda ottenere tutela in sede giudiziaria, si troverà così costretto a promuovere un nuovo giudizio, previo, naturalmente, esperimento dell'incombente previsto dalla legge¹¹⁴. Secondo una diversa tesi, meno rigorosa e presente nella dottrina maggioritaria, l'omesso ricorso alla mediazione *ante causam*

¹¹² Cfr. A. BIANCHI e M. IPPOLITO, *Op. cit.* pp. 182-183.

¹¹³ Per chiarezza espositiva se ne riporta il testo (articolo 10, commi I e II):

«1. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 5, comma 4, le controversie relative ai contratti di subfornitura di cui alla presente legge sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della Legge 29 dicembre 1993, n. 580.

2. Qualora non si pervenga ad una conciliazione fra le parti entro trenta giorni, su richiesta di entrambi i contraenti la controversia è rimessa alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio di cui al comma 1 o, in mancanza, alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio scelta dai contraenti».

¹¹⁴ Si vedano, ad esempio, Trib. Torino, Sez. Moncalieri, 22 novembre 2001, Trib. Civitavecchia, 5 aprile 2006 e Trib. Monza, 6 marzo 2004, in F. CIACCAFAVA, *Op cit.*, pp. 250-251.

darebbe luogo ad una semplice forma di improcedibilità della domanda giudiziale, con conseguente applicazione, in via analogica, della procedura prevista dall'articolo 412-*bis* c.p.c. dettato per il rito delle controversie di lavoro. Secondo questa impostazione, costituendo l'espletamento del tentativo una condizione di procedibilità della domanda, il giudice, ove rilevi anche d'ufficio che non sia stato promosso il tentativo ovvero che la domanda giudiziale sia stata presentata prima dei sessanta giorni (articolo 10, comma III) dalla promozione del tentativo stesso, sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di sessanta giorni per promuovere il tentativo di conciliazione¹¹⁵.

Un ultimo aspetto che necessita chiarimento riguarda l'applicazione della norma relativamente al procedimento cautelare e a quello monitorio. Per quanto riguarda il primo, anche in questo caso troviamo un panorama diversificato: tra la poca giurisprudenza rinvenibile, è presente una corrente maggioritaria secondo la quale l'anzidetto articolo 10 legherebbe il ricorso allo strumento conciliativo solo ai procedimenti instaurati in via ordinaria e non anche ai procedimenti cautelari¹¹⁶. In senso contrario troviamo una sola pronuncia¹¹⁷, nella quale si sostiene l'inammissibilità di un procedimento cautelare se il ricorso introduttivo non è preceduto dal tentativo di conciliazione, in quanto l'articolo 10 parla di «controversie» senza prevedere alcuna esclusione come invece è stato fatto in altre disposizioni legislative. Per quanto concerne, invece, la tutela monitoria, la giurisprudenza sul punto è univoca nell'affermare l'incompatibilità tra il tentativo di conciliazione e il procedimento per ottenere un decreto ingiuntivo¹¹⁸. Infatti, la necessità di ottenere un provvedimento urgente, l'assenza di contraddittorio e la riduzione dei tempi decisionali che caratterizzano il procedimento per ingiunzione risultano discordanti con il preliminare espletamento del rito conciliativo.

Alcuni rilievi critici si possono muovere in relazione all'efficacia del verbale di avvenuta conciliazione. Anche su questo punto il legislatore non si è espresso con

¹¹⁵ Cfr. in termini, F. CIACCAFAVA, *Op. cit.*. Per una panoramica degli autori che si pongono su questa linea si veda *idem*, *sub* nota n. 15.

¹¹⁶ Così Trib. Bari, Sez. Altamura, 18 agosto 2000 e Trib. Monza, 6 marzo 2004, menzionati *ivi*, pag. 252-253.

¹¹⁷ Trib. Roma, 20 maggio 2002, riprodotta in forma integrale *ivi*, pag. 253.

¹¹⁸ Si segnalano i seguenti pronunciamenti citati *ivi*, pag. 252-255: Corte cost., ordinanza 1 giugno 2004, n. 163; Trib. Bari, 7 dicembre 2004; Trib. Udine, sez. Cividale del Friuli, 27 aprile 2001; Trib. Biella, 17 gennaio 2006; Trib. Torino, 24 ottobre 2006; Trib. Genova, 17 aprile 2007.

sufficiente chiarezza. Infatti, la Legge n. 192 del 1998, non prevedendo alcunché circa l'efficacia esecutiva di detto verbale, anche valutando l'ipotesi di un'applicazione analogica dell'articolo 411 c.p.c., ci costringe ad attribuire allo stesso il valore e la natura di un contratto, facendo perdere alla parte più debole del rapporto un'occasione non secondaria per la tutela dei propri interessi.

Sul piano applicativo dobbiamo riscontrare che, benché il ricorso al procedimento dinanzi alla Camera di commercio sembra avere conseguenze favorevoli per il subfornitore, poiché in tal modo la composizione della lite è senz'altro meno conflittuale rispetto al ricorso alla giustizia ordinaria e può addirittura migliorare le relazioni future tra le parti, talvolta sono proprio gli stessi subfornitori a non ricorrere alla procedura conciliativa in quanto vince la preoccupazione di vedere interrotti i rapporti economici in essere, o, comunque, di avere un peggioramento dei rapporti con la committenza. Segno che l'obiettivo che si era posto il legislatore è ancora ben lungi dall'essere realizzato, soprattutto se si considera che la forma scritta del contratto di subfornitura, imposta *ad substantiam* dalla legge, è utilizzata in una percentuale ridotta dei casi¹¹⁹.

4. Considerazioni.

Al termine di questo *excursus*, possiamo notare come l'evoluzione intrapresa dall'istituto della mediazione vada di pari passo con l'evoluzione della società, la quale risulta sempre più complessa nell'ambito tecnologico e industriale ma anche in quello del diritto.

In questo contesto sempre più numerose sono le controversie che risultano meno idonee ad essere risolte con una sentenza, la quale, infatti, rischia di essere uno strumento eccessivamente rigido. Nella conciliazione, invece, la definizione dell'avvenire è malleabile e meglio adattabile alle reali necessità dei litiganti. Il procedimento conciliatorio è uno strumento flessibile e rapido, esso offre molteplici

¹¹⁹ Cfr. A. BIANCHI e M. IPPOLITO, *Op. cit.* pp. 191-192.

soluzioni, che si rivelano efficaci e valide in quanto maggiormente condivise dalle parti. In una società moderna in cui gli individui sono sempre più consapevoli dei propri diritti e le tutele dei medesimi sono sempre più invocate, l'accoglimento o il rigetto, anche solo parziale, della richiesta di una parte è in molti casi limitativo e non riesce a tenere conto e a bilanciare tutti i legittimi interessi che rendono la realtà più complessa di come appare.

Ciò emerge più chiaramente per le controversie che scaturiscono nell'ambito del mercato del lavoro e in quello del commercio, in particolare nel settore consumeristico; ambiti che del resto costituiscono oggi il fondamento della struttura economica della società. Infatti, la controversia rappresenta un momento di crisi in un rapporto di collaborazione economica. Rapporto che, il più delle volte, è conveniente ad entrambe le parti mantenere, per cui è necessario che le parti stesse si spoglino di atteggiamenti intransigenti, volti a veder riconosciute a qualsiasi costo le ragioni dell'una o dell'altra e quindi ad aumentare la conflittualità. L'istituto della mediazione può, meglio di altri, rispondere alla regolazione ed al miglioramento dei rapporti tra lavoratori e datori di lavoro, tra operatori economici e consumatori. L'essenza della sua natura, infatti, è basata proprio sulla collaborazione e sul forte e diretto coinvolgimento degli interessati.

Benché sul piano teorico si possano riscontrare molti punti a favore dell'istituto conciliativo e di un suo auspicabile sviluppo, il problema di fondo rimane il metodo con il quale attuarne lo sviluppo e la diffusione. L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, attuata rendendo la fase preliminare di confronto una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, costituisce senz'altro lo strumento più importante. Fra le varie disposizioni legislative che hanno introdotto l'istituto, troviamo l'obbligatorietà accompagnata o alternata ad un'altra serie di elementi che possono essere considerati come delle agevolazioni volte ad aumentare il grado di appetibilità, non tanto nella scelta di rivolgersi al mediatore, in quanto il ricorso alla procedura è appunto obbligatorio, quanto nell'aderirvi con fiducia e convinzione riconoscendovi un'opportunità. Esempi di questi elementi sono la previsione di un termine per la durata del procedimento, le agevolazioni fiscali, l'efficacia esecutiva data al verbale di avvenuta conciliazione ed altre ancora che abbiamo incontrato nel corso degli interventi legislativi passati al vaglio.

Appare arduo stabilire quanto l'obbligatorietà dell'esperimento conciliativo abbia favorito o meno i successi e gli insuccessi dell'istituto, gli alti e i bassi che ha incontrato nel percorso storico che lo ha condotto ai giorni nostri, come appare altrettanto arduo stabilire quanto le agevolazioni abbiano davvero inciso sulla scelta delle parti. Certamente, il legislatore che ha introdotto il Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, ha fatto tesoro di tutte le previsioni che si sono susseguite nel corso della storia dell'istituto, con un'attenzione particolare alla tipologia di controversie da sottoporre alla mediazione obbligatoria. Questo perché si è addivenuti a riconoscere che soltanto alcuni tipi di controversia si prestano effettivamente a questo tipo di risoluzione del conflitto, aprendo concretamente la strada ad una diminuzione dei ricorsi alla giurisdizione ordinaria.

CAPITOLO SECONDO

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA NELLE POLITICHE COMUNITARIE, NEGLI ORDINAMENTI DELL'EUROPA CONTINENTALE E NELLA CULTURA GIURIDICA DEL *COMMON LAW*

1. La mediazione civile obbligatoria negli interventi dell'Unione europea. - 1.1. Evoluzione della disciplina comunitaria, con particolare riferimento alle Direttive 2008/52/CE e 2013/11/UE. - 1.2 Il carattere impositivo del procedimento di mediazione nei pronunciamenti degli organismi europei: le Risoluzioni del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 e del 25 ottobre 2011, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea "*Alassini contro Telecom*". - 2. L'obbligatorietà della mediazione civile negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale. - 2.1 In Germania. - 2.2 In Austria. - 2.3 In Spagna. - 2.4 In Francia. - 2.5 In Scandinavia. - 2.6 In Europa orientale - 3. L'obbligatorietà della mediazione civile negli ordinamenti giuridici di tradizione anglosassone. - 3.1 In Gran Bretagna. - 3.2 Negli Stati Uniti d'America. - 4. Considerazioni.

1. La mediazione civile negli interventi dell'Unione europea.

*1.1. Evoluzione della disciplina comunitaria, con particolare riferimento alle
Direttive 2008/52/CE e 2013/11/UE.*

Se il catalogo dei diritti che l'Unione Europea intende garantire ai cittadini si è notevolmente ampliato, conseguentemente si è allargato anche l'ambito di operatività dei procedimenti alternativi, concependoli come strumenti privilegiati di tutela delle controversie in materia civile e commerciale, anche e soprattutto nella dimensione transfrontaliera. La concezione tipicamente comunitaria, tuttavia, non considera questi metodi alternativi come una via antigiusdizionale e cioè come una risposta all'insoddisfazione dei cittadini europei verso il sistema giurisdizionale, bensì uno strumento di diversificazione e di completamento nella tutela dei diritti, per garantire loro l'effettività dell'accesso alla giustizia, espressamente riconosciuto dall'articolo 6

della Convenzione dei diritti dell'uomo e dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione¹²⁰.

Il primo importante contributo in ambito comunitario circa gli strumenti extragiudiziali di risoluzione delle controversie, mirava ad un miglioramento dell'accesso dei consumatori alla giustizia e alla gestione delle controversie transfrontaliere. Si tratta del Libro Verde della Commissione europea del 16 novembre 1993 su "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico"¹²¹. Questo documento rappresentava uno studio comparato sulle procedure stragiudiziali applicabili alle piccole controversie negli Stati membri. Vi si mette in evidenza come la creazione o la riforma di procedure adottate in ambito stragiudiziale possa contribuire alla pace sociale, alla razionalizzazione di tempi e dei costi nella risoluzione delle controversie, ad aumentare la possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni commerciali o di altra natura, tenendo anche presenti le specificità delle controversie transfrontaliere.

In realtà questo Libro Verde è il frutto di un precedente lavoro intrapreso dalla Comunità economica europea, costituito dallo studio delle esperienze delle procedure non giurisdizionali già presenti in alcuni ordinamenti nazionali europei e dalla sperimentazione effettuata attraverso dei progetti cosiddetti "pilota" di cui si fa riferimento nello stesso Libro Verde.

Nel marzo del 1992 la Commissione affidò ad un gruppo di personalità esperte ed indipendenti la preparazione di una relazione sul funzionamento del mercato interno. Già in questa relazione¹²² si raccomandava un esame delle condizioni di accesso alla giustizia nella Comunità e si suggerivano soluzioni miranti a garantire l'efficacia della protezione dei diritti dei consumatori, tramite meccanismi di

¹²⁰ Cfr. sul punto F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pag. 40 e Filomena SANTAGADA, *La mediazione*, Giappichelli editore, Torino, 2012, pp. 10-18. Per un approfondimento sulla mediazione nella concezione europea si veda, tra gli altri, Ugo DE LUCA, *La nozione "europea" di ADR*, in Michele CORRADINO e Saverio STICCHI DAMIANI, *ADR e mediazione*, Giappichelli editore, Torino, 2012, pp. 1-10.

¹²¹ Commissione delle Comunità europee, Libro verde, COM (93) 576, Bruxelles, 16 novembre 1993, consultabile sul sito internet:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0576&qid=1435163290925&from=IT>
(consultato il 24/06/2015).

¹²² La relazione prese il nome del presidente di questo gruppo di esperti, Peter Sutherland.

mediazione extragiudiziaria e facilitando il ricorso alla giustizia per le associazioni dei consumatori¹²³.

Successivamente, la Commissione europea, confortata anche dai frutti nel frattempo pervenuti dalle varie esperienze dei progetti pilota, emanò nel 1998 la Raccomandazione n. 257¹²⁴. Con questo atto vennero definiti per la prima volta i principi che stanno alla base dei procedimenti extragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo. Si tratta di sette principi “minimi” che tratteggiano i caratteri e il funzionamento degli organismi competenti a condurre delle procedure di *ADR*. Si elencano di seguito:

1. L'indipendenza del soggetto chiamato a decidere.
2. La trasparenza di tutte le fasi.
3. Il rispetto del contraddittorio.
4. L'efficacia della procedura.
5. La garanzia della legalità.
6. La libertà e il consenso delle parti in virtù dei quali la decisione finale acquista efficacia.
7. La rappresentanza, con conseguente facoltà per le parti di farsi assistere da un consulente giuridico.

A questi principi se ne aggiunse un altro, elaborato da una seconda Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001, n. 310¹²⁵, che stabiliva e imponeva l'equità della procedura. Le parti sono quindi tenute a cooperare ed a fornire le informazioni necessarie per un'equa risoluzione della controversia. Inoltre prima di giungere ad una soluzione "consensuale" il responsabile è tenuto a concedere alle parti un periodo di tempo ragionevole per esaminare la proposta di accordo.

¹²³ Cfr. in termini il *Secondo piano d'azione triennale della Commissione 1993-1995*, COM (93) 378, Bruxelles, 28 luglio 1993, pp. 25-27, nel quale si fa menzione della “relazione Sutherland”. Tale documento è reperibile sul sito internet: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=C_ELEX:51993DC0378&qid=1434995834190&from=EN (consultato il 25/06/2015).

¹²⁴ Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 n. 257 (98/257/CE). Pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il 17 aprile 1998.

¹²⁵ Pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il 19 aprile 2001.

Un altro passo in avanti della disciplina in ambito comunitario si ebbe con la Risoluzione del Consiglio europeo del 25 maggio 2000¹²⁶. Con tale provvedimento, finalizzato ad agevolare la composizione delle vertenze commerciali con le imprese residenti in un altro Stato membro, viene "lanciata" l'idea di una rete europea di ADR (*EEJ-Net: European Extra Judicial Network*)¹²⁷ in materia di consumo che, oltre a migliorare l'efficienza di tali procedure nel caso di controversie tra operatore economico e consumatore appartenenti allo stesso Stato, dovrebbe consentire, attraverso un sistema di camere di compensazione "*clearing houses*", di comporre le liti transfrontaliere senza obbligare le parti a spostamento alcuno¹²⁸. Il progetto è appunto quello di istituire, presso ciascun Stato membro, un centro di compensazione (*clearing houses*) al quale affidare, tra le altre funzioni, quella di assistere il consumatore nella redazione del reclamo e di provvedere direttamente all'inoltro dello stesso all'organismo di ADR competente, anche nel caso si tratti di controversia transfrontaliera. Si costituisce in questo modo una vera e propria rete europea di ADR (limitata inizialmente alle sole procedure in regola con i parametri stabiliti dalla Raccomandazione 98/257/CE) in cui risulta cruciale il ruolo svolto dalle *clearing houses* cui sono demandati i compiti di informare e assistere il consumatore, soprattutto per individuare gli organismi esistenti presso lo Stato della controparte e conoscere la legislazione vigente e le modalità di invio del reclamo, oltre a funzioni di gestione pratica quali la traduzione e la compilazione dei moduli¹²⁹.

Se fin'ora l'istituto della mediazione ha interessato solo la materia relativa al settore dei consumi, con il Libro Verde del 19 aprile 2002¹³⁰ la Commissione valuta per la prima volta l'opportunità di estenderlo all'intera materia civile e commerciale. Il Libro Verde, infatti, analizza e descrive in maniera precisa e puntuale tale "nuova"

¹²⁶ Pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il 6 giugno 2000. Tale raccomandazione fa proprie le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo svoltosi a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, in cui veniva affermato che "gli Stati membri dovrebbero inoltre istituire procedure extragiudiziali alternative".

¹²⁷ Dal 1 gennaio 2005 denominata rete ECC-Net (*European Consumer Center Network*).

¹²⁸ Cfr. in termini, Saverio STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2003, pp. 743 e seguenti.

¹²⁹ Cfr. *ibidem*.

¹³⁰ Consultabile sul sito internet:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52002DC0196>
(Consultato il 2 luglio 2015).

forma di pacificazione sociale che viene considerata “più consensuale e, in molti casi, più appropriata del ricorso al giudice o ad un arbitro”; viene ribadito inoltre il carattere dell’elasticità, connesso all’assenza di regole di procedura e di formalità di rito¹³¹.

Il documento abbandona l’idea della mediazione come giustizia “minore”, in quanto strumento adatto alla risoluzione di controversie di modico valore e, proiettandosi verso la concezione di una giustizia “pluralista”, considera la mediazione come rimedio complementare alla giustizia statale, che arricchisce l’offerta di tutela, al fine di garantire un migliore accesso alla giustizia, nella più ampia prospettiva della creazione di uno spazio giuridico europeo¹³². Inoltre, al legislatore comunitario il documento ricorda che i procedimenti di *ADR* rappresentano “una priorità politica, più volte riaffermata, per le Istituzioni dell’Unione Europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantire la qualità”¹³³.

All’interno di questo strumento-guida, troviamo anche alcuni cenni al carattere dell’obbligatorietà della mediazione che in alcuni Stati membri era già presente e che la Commissione, nonostante l’avesse inizialmente preso in considerazione, ha successivamente abbandonato. Infatti al punto n. 45 si riporta la proposta della Commissione del 26 ottobre 2000, nella quale si sostiene che “[...]non è possibile nella fase attuale dei lavori subordinare le opzioni sul piano della competenza internazionale, previste dal regolamento a beneficio del consumatore, all’obbligo di ricorrere in primo luogo a un sistema per la composizione extragiudiziale delle liti. In effetti, tale situazione potrebbe, primo, sollevare problemi d’ordine costituzionale in alcuni Stati membri; secondo, l’obbligazione che ne scaturisce presupporrebbe sistemi che ancora non esistono; terzo, i nessi procedurali fra i sistemi alternativi per

¹³¹ Per un approfondimento sul Libro Verde del 2002 e sugli altri interventi comunitari si veda Salvatore VIGILIAR, Chiara DI MARTINO e Maria Luisa PAOLUCCI, *La mediazione: evoluzione comunitaria della materia*, in AAVV., *La mediazione e la conciliazione: opinioni a confronto*, Gruppo editoriale Esselibri - Simone, Napoli, 2011, pp. 1-13.

¹³² Cfr. F. SANTAGADA, *La mediazione*, cit., pp. 10-18.

¹³³ Libro Verde del 19 aprile 2002, sintesi introduttiva.

la composizione delle liti e il ricorso giudiziale (in materia di prescrizione, per esempio) sono assai complessi e vanno approfonditi”.

A questo Libro Verde fa seguito, nel 2004, il Codice europeo di condotta dei mediatori e la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 52, approvata il 21 maggio 2008¹³⁴. Quest’ultima costituisce un importante punto di riferimento, nella prospettiva di ampliare e uniformare le legislazioni nazionali sulla mediazione in materia civile e commerciale.

La Direttiva, proposta nella primavera del 2004 ed approvata dopo una lunga serie di confronti tra Parlamento europeo e Consiglio, rappresenta senza dubbio un punto di arrivo di tutta la riflessione scaturita dall’ultimo Libro Verde ma anche un punto di partenza per una massiccia diffusione del fenomeno della mediazione in molti Stati europei, Italia compresa. Il principale obiettivo dichiarato è quello di «facilitare l’accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario» (articolo 1).

Particolare attenzione viene data alla qualità dell’attività di mediazione, anche attraverso l’elaborazione di codici di autoregolamentazione da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, assicurando nel contempo un efficace meccanismo di controllo della qualità del servizio offerto. In tale prospettiva, il documento in esame prevede che «dovrà essere incoraggiata la formazione professionale e continua dei mediatori per un’efficace gestione della mediazione stessa».

Oltre a questo, la Direttiva si preoccupa di disciplinare, per la prima volta e in modo più ampio, alcuni dei principali aspetti dell’istituto, ovvero gli obblighi di riservatezza posti a carico dei mediatori e dei soggetti coinvolti nel procedimento, il riconoscimento di effetti all’istanza di mediazione sui termini di prescrizione e decadenza e l’esecutività degli accordi risultanti dalla conciliazione. Tali garanzie

¹³⁴ La Direttiva n. 2008/52/CE è stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea* il 24 maggio 2008.

dovrebbero orientare le parti verso la mediazione piuttosto che verso meccanismi di risoluzione giurisdizionale¹³⁵.

L'articolo 1, comma II, della Direttiva in parola specifica che essa non si applica a qualsiasi genere di controversia avente per oggetto diritti soggettivi, ma solo alle controversie in materia civile e commerciale, con esclusione di quelle in materia fiscale, doganale e amministrativa, nonché di quelle concernenti la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri. Dobbiamo osservare che, nonostante il campo di applicazione sia circoscritto alle sole controversie civili e commerciali di natura transfrontaliera, il considerando n. 8 fa salva la facoltà degli Stati membri di applicarne il contenuto anche ai procedimenti di mediazione riguardanti le controversie sorte entro i confini nazionali¹³⁶.

Viene inoltre opportunamente precisato che la mediazione oggetto della Direttiva non riguarda le conciliazioni davanti a un organo giurisdizionale, mentre non si esclude che il giudice possa invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere il contenzioso (articolo 5, comma I).

Nell'ottica del legislatore europeo, la previsione di una mediazione endoprocessuale consente di coordinare una determinata controversia con lo strumento più appropriato per la sua definizione ed evita, contemporaneamente, di porre in capo al giudice una commistione di funzioni sia decisorie che di mediazione. Si pensi solo alla facoltà di suggerire soluzioni per la controversia: tale facoltà non può essere detenuta dal giudice poiché questi è vincolato alla necessità di coordinamento del principio dispositivo con i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, all'osservanza dei quali non può sottrarsi. La separazione di queste due funzioni, che risultano ontologicamente

¹³⁵ Cfr. F. SANTAGADA, *La mediazione*, cit., pp. 10-18.

¹³⁶ Per un approfondimento sul punto si veda Erminia FANCIULLO, *La disciplina italiana della mediazione nell'ottica del legislatore europeo*, 2014, pp. 165-170. Disponibile sul sito internet: <http://dspace.unict.it:8080/bitstream/10761/1622/1/FNCRMN82T60G309Z-Erminia%20Fanciullo%20Tesi%20di%20Dottorato%20LA%20DISCIPLINA%20ITALIANA%20DELLA%20MEDIATION%20NELL%20OTTICA%20DEL%20LEGISLATORE%20EUROPEO.pdf> (consultato il 10 luglio 2015).

diverse, costituisce il superamento di uno degli ostacoli più frequenti al buon funzionamento dell'istituto conciliativo¹³⁷.

Un'ultima precisazione, particolarmente importante ai fini del presente studio, concerne la possibilità, data dal legislatore europeo alle singole Nazioni, di prevedere la forma obbligatoria per l'istituto della mediazione. Infatti, sia al quattordicesimo considerando, sia all'articolo 5, comma II della Direttiva, si afferma la libertà per il legislatore nazionale di rendere «il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario». Il rimedio giurisdizionale, infatti, rimane insopprimibile, proprio per il ruolo centrale che continua a ricoprire nella salvaguardia dei diritti.

Infine possiamo fare un accenno a ciò che la Direttiva non dice. Il riferimento è al tema del rispetto del contraddittorio, ben noto al Libro Verde. Del pari, la direttiva non considera il problema dei costi del procedimento di conciliazione, nonostante nel Libro Verde si affermi che il costo delle procedure di *ADR* è un fattore essenziale da prendere in considerazione e che le parti possono in taluni casi non essere tenute a sostenere i costi legati al procedimento. Infine, la direttiva non prende in considerazione il problema della clausola di conciliazione, sulla quale, pure, si sofferma il Libro Verde, che distingue tra contratti tra imprese e contratti tra imprese e consumatori, allo scopo di verificare l'abusività della clausola stessa alla luce della direttiva 93/13/CEE¹³⁸.

In buona sostanza la mediazione sembra solo un primo, ma certamente significativo passo, per raggiungere l'ambizioso obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie, promuovendo la composizione amichevole delle stesse, garantendo nello stesso tempo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario¹³⁹.

¹³⁷ Cfr. F. SANTAGADA, *La mediazione*, cit., pp. 10-18.

¹³⁸ Cfr. E. FANCIULLO, *Op. cit.*, pp. 192-193.

¹³⁹ Cfr. *ibidem*.

Nel 2013, con l'approvazione della Direttiva n. 11¹⁴⁰ e del Regolamento n. 524, l'Unione europea compie il suo ultimo intervento in materia. Questi provvedimenti non sono solo finalizzati ad un ulteriore incentivo al ricorso ai mezzi stragiudiziali, ma hanno anche lo scopo di far fronte a tutti i problemi emersi in sede di applicazione della precedente Direttiva, negli ordinamenti giuridici dei paesi membri in cui essa ha trovato accoglimento. Ciò che si fa presente, inoltre, è che la diffusione lenta e disomogenea dei procedimenti di *ADR* all'interno dell'Unione rappresenta un vero e proprio ostacolo allo sviluppo del mercato interno.

La Direttiva 2013/11/UE è composta da n. 62 considerando e da 28 articoli.

Nel considerando n. 4 il legislatore comunitario afferma che, al fine di rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno, è opportuno che essi possano trarre vantaggio dall'accesso a mezzi facili, rapidi e a basso costo di risoluzione delle controversie; tale considerando va letto in combinato disposto con il successivo considerando n. 5 in cui espressamente si dice che: «La risoluzione alternativa delle controversie (*ADR*) offre una soluzione semplice, rapida ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti». Tale concetto viene espresso a chiare lettere anche nell'art. 1 della Direttiva del 2013, in cui si dice che l'obiettivo di tale atto normativo è proprio quello di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno e di garantire che essi possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrano procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie.

Al fine, quindi, di incentivare l'adozione di questi meccanismi e di conseguenza favorire lo sviluppo del mercato interno, è opportuno che gli Stati membri mettano a disposizione dei consumatori mezzi di risoluzione alternativi validi per ogni tipo di controversia, sia a livello nazionale che transfrontaliero. Anche da questa Direttiva, infatti, nonostante si faccia riferimento alle sole controversie tra

¹⁴⁰ La Direttiva 2013/11/UE approvata il 21 maggio 2013 è stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 18 giugno 2013 ed è entrata in vigore l'8 luglio 2013 (con termine di attuazione al 9 luglio 2015).

consumatori e professionisti, emerge chiaramente il *favor* del legislatore europeo nei confronti dei mezzi alternativi di risoluzione di qualsiasi controversia.

Nel considerando n. 13, si ribadisce il concetto secondo cui lo sviluppo all'interno dell'Unione di mezzi efficienti di risoluzione delle controversie rafforza la fiducia dei consumatori nei confronti del mercato interno.

Tra i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie da incentivare, vengono in particolar modo menzionati quelli *online*, i cosiddetti “*ODR*”, data la crescente importanza assunta nell'ultimo decennio dal commercio elettronico. Il punto è ritenuto importante tanto che il Regolamento contestualmente approvato si riferirà esclusivamente a questo ambito innovativo.

Quanto ai rapporti tra la Direttiva del 2013 e gli altri atti giuridici dell'Unione europea in materia di mezzi alternativi di risoluzione delle liti, viene specificato al considerando n.19 che, in caso di contrasto, prevale la Direttiva del 2013, a meno che non sia previsto diversamente. Per quanto riguarda, in particolare, i rapporti con la Direttiva n. 52 del 2008, viene specificato che la Direttiva del 2013 non pregiudica l'atto normativo del 2008 che si occupa di alcuni aspetti della mediazione civile e commerciale nelle controversie transfrontaliere; la nuova Direttiva si potrà applicare però anche ai sistemi di mediazione interna e orizzontalmente a tutti i tipi di procedure *ADR*, comprese quelle contemplate dalla Direttiva del 2008.

Tale concetto è ulteriormente specificato nell'articolo 3 direttiva del 2013, in cui viene ribadito che in caso di conflitto con una disposizione di un altro qualsiasi atto giuridico dell'Unione, prevalgono le disposizioni della predetta Direttiva.

Sia nei considerando che negli articoli del provvedimento normativo comunitario viene specificato quali siano i requisiti necessari affinché gli organismi *ADR* presenti negli Stati membri e le persone fisiche in essi operanti, in particolare i mediatori, possano raggiungere gli obiettivi posti dalla Direttiva.

Nel considerando n. 36 si ritiene essenziale che le persone fisiche incaricate dell'*ADR* abbiano le competenze richieste dalla loro funzione, inclusa una comprensione generale del diritto; appare opportuno che queste persone debbano possedere conoscenze giuridiche generali sufficienti per comprendere le implicazioni giuridiche della controversia. Viene infatti specificato, al successivo considerando,

che l'applicazione di tale principio qualitativo alle procedure alternative rafforza la fiducia dei consumatori e dei professionisti in tali procedure.

Altri considerando molto importanti sono sicuramente il n. 39 in cui si fa menzione del principio di trasparenza, poi ripreso dall'art. 7 della Direttiva: secondo tale punto, infatti, è necessario che le parti di una controversia ricevano, da parte degli organismi di *ADR*, le informazioni chiare e accessibili che consentano loro di decidere con cognizione di causa prima di avviare una procedura *ADR*.

Ancora, al considerando n. 41 si parla di gratuità della controversia per il consumatore e di costi meramente simbolici.

Al considerando n. 42 si parla di equità della procedura: essa si traduce nell'esigenza che le parti della controversia siano informate in modo esauriente dei loro diritti e delle conseguenze delle loro scelte nel contesto della procedura *ADR*.

Infine, l'articolo 9 della Direttiva 2013/11/UE specifica ulteriormente il principio di equità all'interno della procedura *ADR*: le parti devono avere la possibilità di ottenere dall'organismo le prove, le argomentazioni, i documenti e i fatti presentati dall'altra parte; inoltre esse non sono obbligate a ricorrere ad un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura.

Con il Regolamento n. 524 del 2013¹⁴¹, l'ultimo degli interventi comunitari presi in esame, l'Unione europea ha dato alla luce una disciplina sulla creazione e sull'impiego di un sistema di *ODR* (*On line dispute resolution*) nelle controversie legate al commercio elettronico riguardanti cittadini degli Stati membri. Il sistema delle *ODR* nasce e si sviluppa in risposta alle esigenze poste dalla pratica del commercio elettronico, soprattutto in riferimento alle controversie *on line* di carattere transfrontaliero. Esso consiste in un sito *web* dedicato alla risoluzione delle dispute tra professionisti e consumatori dell'Unione europea, da realizzarsi in modalità *on*

¹⁴¹ Il Regolamento (UE) n. 524 del 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio è stato approvato il 21 maggio 2013 e pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 18 giugno 2013. Tale Regolamento, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori, modifica il regolamento CE n. 2006 del 2004 e la Direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'*ODR* per i consumatori).

line, in modo da ridurre, quindi, le difficoltà e gli ostacoli legati alle grandi distanze e ai costi che altrimenti dovrebbero sostenere le parti e gli organismi di mediazione¹⁴².

A tale proposito *internet* si presenta al tempo stesso sia come la fonte che il rimedio delle dispute legate al commercio elettronico (*e-commerce*)¹⁴³.

Se fino al 2013 il sistema delle *ODR* ha trovato applicazione soprattutto per iniziativa dei *providers* di Paesi di *common law*, che per primi hanno messo a punto piattaforme elettroniche dedicate alla risoluzione alternativa delle controversie *on line*, con l'approvazione del Regolamento in esame l'Unione vincola tutti gli Stati membri a consentire l'accesso ad una piattaforma *ODR* europea e prevede altri obblighi correlati per gli operatori dell'*e-commerce*, volti a garantire una tutela efficace ed accessibile ai consumatori.

Questo tipo di mediazione, proprio perché nella forma *on line*, richiede il coinvolgimento degli organismi di mediazione abilitati e delle persone fisiche che esercitano presso di essi, ciò non solo per professionalizzare il sistema ma anche per evitare che la maggiore immediatezza e duttilità delle *ODR* possano comportare una riduzione delle garanzie offerte dalla giustizia tradizionale¹⁴⁴.

1.2 Il carattere impositivo del procedimento di mediazione nei pronunciamenti degli organismi europei: le Risoluzioni del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 e del 25 ottobre 2011, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea "Alassini contro Telecom".

Dopo aver constatato, in particolare con la Direttiva n. 2008/52/CE, una certa libertà lasciata agli Stati membri circa l'obbligatorietà dei procedimenti di *ADR*, vediamo in che modo essa è stata concepita e trattata dall'Unione europea attraverso

¹⁴² Per un ampio approfondimento sulle *ODR* in generale, sul Regolamento citato e, in particolare, sul procedimento per l'accesso e l'utilizzo della piattaforma europea di *ODR* si veda Corrado PROCACCINI, *Le ODR e la mediazione on line nel nuovo regolamento dell'Unione europea in La nuova mediazione civile e commerciale*, a cura di Angelo MAIETTA, CEDAM, Trento, 2014, pp. 239-258.

¹⁴³ Cfr., in termini, *ivi*, pag. 240.

¹⁴⁴ Cfr. *ibidem*.

alcuni pronunciamenti sull'opportunità o meno di prevedere questa condizione nelle normative nazionali.

Prima di far questo, però, è necessario chiarire il senso del carattere obbligatorio riferito ad un procedimento di mediazione. Che cosa può essere obbligatorio di questo procedimento? Quali parti ne sono interessate? In quali modalità si può mettere in pratica il carattere dell'obbligatorietà? A seconda di questi elementi essa si pone (e si impone) in modo diverso. Anzitutto può essere previsto come obbligatorio l'intero *iter* procedimentale, dalla presentazione dell'istanza di mediazione alla conclusione del medesimo (quindi con la pubblicazione del verbale di conciliazione o della seduta nella quale si conviene l'inconciliabilità della controversia). Questo tipo di obbligatorietà è certamente il più costrittivo. Esso è deprecato, come vedremo in seguito, nella volontà del legislatore europeo e non solo, sia per la contraddittorietà che questo carattere fa assumere al tentativo conciliatorio, basato, per definizione, sul libero consenso delle parti, sia per il possibile contrasto che si verrebbe a creare con la normativa costituzionale, che in quasi tutti gli ordinamenti giuridici europei contempla il diritto fondamentale ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Sebbene l'interpretazione giurisprudenziale dominante non identifichi il procedimento di mediazione obbligatorio come un ostacolo a tale principio a patto che tale procedimento non risulti oneroso, rimane in molti casi un possibile contrasto da scongiurare.

C'è poi un'obbligatorietà circoscritta solo alla fase introduttiva dell'*iter*, un'obbligatorietà che è quindi volta:

1. a stimolare le parti nella ricerca di un accordo comune;
2. a verificare che gli interessi contrapposti possano risultare fra loro componibili;
3. a contribuire ad introdurre nella popolazione, e nel modo di pensare, la cultura della mediazione.

Per quanto riguarda le modalità attraverso le quali un ordinamento può imporre il tentativo di conciliazione o una sua parte, troviamo la più comune forma dell'improcedibilità della domanda giudiziale, ovvero la situazione nella quale il giudice rileva, anche d'ufficio, che non sia stato precedentemente promosso il

tentativo e conseguentemente sospende il giudizio fissando alle parti un termine perentorio per promuovere il tentativo stesso. Un'altra forma comunemente riscontrabile è quella dell'improponibilità: in questo caso, se il giudice rileva che a giudizio iniziato non è stato esperito alcun tentativo di conciliazione, estingue il procedimento senza tuttavia impedire che questo possa essere promosso nuovamente dopo aver esperito il tentativo. Esistono infine altre forme di obbligatorietà costituite da forti disincentivi alla mancata partecipazione al procedimento, quali sanzioni pecuniarie o conseguenze sfavorevoli nel merito, applicabili nella successiva fase giurisdizionale. Vediamo alcuni esempi, che possiamo trovare anche nel nostro ordinamento:

1. nel caso di mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione, il giudice può valutare tale assenza ai fini della decisione di merito;
2. sempre nel caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo, il giudice può condannare la parte risultata assente nel procedimento di mediazione, ma costituita in quello giurisdizionale, al pagamento di una sanzione pecuniaria;
3. nel caso in cui il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda al contenuto della proposta di conciliazione offerta dal mediatore e la parte vincitrice l'abbia rifiutata, il giudice può attribuire a tale parte sanzioni pecuniarie di vario genere, nel caso del nostro ordinamento la parte viene esclusa dalla ripetizione delle spese sostenute, condannata al pagamento delle spese processuali della controparte (soccombente) e di un'ulteriore somma corrispondente al contributo unificato dovuto per quella causa¹⁴⁵.

La linea adottata dalla politica comunitaria in fatto di obbligatorietà della mediazione si caratterizza per l'ampia libertà lasciata agli Stati membri di decidere in merito alla sua previsione o meno. Abbiamo già visto, infatti, che nella Direttiva n. 2008/52/CE, sia al quattordicesimo considerando, sia all'articolo 5, comma II si afferma la libertà per il legislatore nazionale di rendere «il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del

¹⁴⁵ Cfr. art. 13, comma I del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, modificato dal D. L. 21 giugno 2013, n. 69, (cosiddetto "Decreto del fare") convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario». A questa previsione legislativa si è aggiunta la Direttiva n. 2013/11/UE, nella quale all'articolo 1 si afferma che «La presente direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario». La medesima Direttiva, all'articolo 10, fa riferimento a due ipotesi di mediazione obbligatoria: al comma I si afferma che «Gli Stati membri provvedono affinché un accordo tra un consumatore e un professionista riguardo alla presentazione di reclami presso un organismo *ADR* non sia vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia». Tale disposizione si riferisce alla cosiddetta clausola di mediazione, ponendo una tutela per il consumatore che, sottoscrivendola, non deve comunque vedersi negato il diritto a richiedere l'intervento della giurisdizione ordinaria ove sorgesse una controversia.

Al comma II si fa riferimento ad un tipo di mediazione nella quale la soluzione non è proposta ma è imposta, una mediazione, quindi, che raccoglie in sé alcune caratteristiche della mediazione di tipo “aggiudicativo” ma anche del procedimento arbitrale. In questo caso la norma prevede che «Gli Stati membri provvedono affinché nelle procedure di *ADR* volte a comporre la controversia mediante l'imposizione di una soluzione sia possibile rendere tale soluzione vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano preventivamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificamente dato il loro assenso. La specifica accettazione del professionista non è richiesta se le norme nazionali dispongono che le soluzioni vincolano i professionisti». Ancora un passo, quindi, nella direzione della tutela del consumatore e dell'esclusione di qualsiasi aggravio che una mediazione imposta può arrecargli.

Tra gli altri pronunciamenti provenienti dalle varie istituzioni comunitarie, miranti a fornire indicazioni o correzioni alle legislazioni nazionali, troviamo la Risoluzione del Parlamento europeo “sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei

tribunali”, approvata il 13 settembre 2011¹⁴⁶, nella quale al paragrafo n. 10 si osserva che: «nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembra raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali; ciononostante - il Parlamento europeo - sottolinea che la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria».

Poche settimane più tardi, il 25 ottobre 2011, è lo stesso Parlamento ad approvare una Risoluzione¹⁴⁷ “sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare”. In essa il Parlamento, «al fine di non pregiudicare l'accesso alla giustizia, si oppone a qualsiasi imposizione generalizzata di un sistema obbligatorio di *ADR* a livello di UE, ma ritiene che si potrebbe valutare un meccanismo obbligatorio per la presentazione dei reclami delle parti al fine di esaminare le possibilità di *ADR*». In quest’ultima parte della disposizione, il legislatore sembra aver compreso e apprezzato l’utilità che può avere l’obbligo per le parti ad iniziare una procedura di *ADR* al fine di individuare la conciliabilità delle parti e dunque degli interessi contrapposti. La medesima Risoluzione, inoltre, al paragrafo n. 31 afferma che un procedimento di mediazione: «deve avere un carattere facoltativo, fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, che lasci loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi a un tribunale; occorre al tempo stesso garantire che le parti si adoperino seriamente per comporre con successo la controversia; non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all'azione in giudizio, e le decisioni che ne scaturiscono possono essere vincolanti solo se le parti ne sono state preventivamente informate e hanno dato esplicito consenso; resta comunque possibile adire un tribunale nonostante una tale decisione».

Per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria, riveste notevole importanza la sentenza pronunciata nel procedimento *Rosalba Alassini* contro *Telecom Italia S.p.A.*¹⁴⁸, poiché, in linea con quanto statuito dalla Direttiva comunitaria del 2008, si

¹⁴⁶ 2011/2026-INI

¹⁴⁷ 2011/2117-INI

¹⁴⁸ Corte di Giustizia dell’Unione europea, Quarta Sezione, Sentenza C-317/08 pubblicata il 18 marzo 2010, nei procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Giudice di

esprime in senso favorevole alla mediazione che riveste il carattere dell'obbligatorietà (come quella presente fin dal 2010 nell'ordinamento italiano).

Facendo riferimento alla Direttiva n. 2002/22/CE, al punto n. 45 della sentenza si afferma che «l'art. 34, n. 1, della Direttiva “servizio universale” assegna agli Stati membri l'obiettivo di introdurre procedure extragiudiziali per l'esame delle controversie irrisolte, in cui sono coinvolti i consumatori, relative alle questioni contemplate da detta Direttiva. Pertanto, il fatto che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nelle cause principali non solo abbia introdotto una procedura di conciliazione extragiudiziale, ma abbia per di più reso obbligatorio il ricorso a quest'ultima, prima del ricorso ad un organo giurisdizionale, non è tale da pregiudicare la realizzazione dell'obiettivo sopra menzionato. Al contrario, una normativa siffatta, poiché garantisce il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie, tende a rafforzare l'effetto utile della Direttiva “servizio universale”». Successivamente, nella massima della sentenza leggiamo che «L'articolo 34 della Direttiva 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali».

Ancora, al secondo capoverso del dispositivo, la Corte suffraga con maggiore determinazione la sua tesi sostenendo che «I principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone, per controversie in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano

pace di Ischia, con decisioni del 4 aprile 2008, pervenute in cancelleria il 15 luglio 2008, nelle cause *Rosalba Alassini contro Telecom Italia S.p.A.* (C-317/08) e *Filomena Califano contro Wind S.p.A.* (C-318/08) e *Lucia Anna Giorgia Iacono contro Telecom Italia S.p.A.* (C-319/08) e *Multiservice Srl contro Telecom Italia S.p.A.* (C-320/08).

Reperibile sul sito internet:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=929016> (Consultato il 28/07/2015).

diritti conferiti dalla Direttiva 2002/22, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone».

La Corte afferma, quindi, che il tentativo obbligatorio di mediazione non viola il «Diritto a un equo processo» di cui all'articolo 6, comma I, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e il principio della tutela giurisdizionale effettiva espresso dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto, ribadisce la Corte al punto n. 63, «secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti¹⁴⁹».

In conclusione, se c'è un rischio che si vuole evitare, evidentemente, è quello dell'affermarsi di una conciliazione di tipo aggiudicativo anziché di tipo facilitativo, ma ciò non elimina affatto quel *favor conciliationis* che emerge chiaramente dalle parole del giudice europeo, volte a confermare l'indirizzo intrapreso dal legislatore comunitario e da molte legislazioni nazionali.

¹⁴⁹ La sentenza stessa riporta i riferimenti della giurisprudenza: «v., in tal senso, sentenza 15 giugno 2006, causa C 28/05, *Dokter e a.*, Racc. pag. I-5431, punto 75, e giurisprudenza ivi citata, nonché Corte eur. D.U., sentenza *Fogarty c. Regno Unito* del 21 novembre 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-XI, § 33».

2. L'obbligatorietà della mediazione civile negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale.

Per avere un quadro di riferimento in cui contestualizzare l'impostazione dell'istituto nel nostro ordinamento, cerchiamo di chiarire, dopo aver visto l'evoluzione della disciplina a livello comunitario, quale è stata l'evoluzione e quale la situazione attuale all'interno dei singoli Stati europei e degli Stati che prima di noi hanno sviluppato l'istituto al proprio interno. Attraverso un rapido *excursus*, quindi, passeremo in rassegna, in una prospettiva comparatistica, alcuni degli ordinamenti che hanno recepito le Direttive dell'Unione europea o che già ne comprendevano l'oggetto.

Non essendo possibile tracciare un profilo completo dell'applicazione dell'istituto per ogni Nazione, ci concentreremo solo su alcuni aspetti, cercando di mettere in luce, là dove sono presenti, il carattere dell'obbligatorietà e tutte le misure volte ad incentivare il ricorso alla mediazione.

2.1 In Germania.

Iniziando con la Germania, ci imbattiamo nell'articolo 15a della legge relativa all'introduzione del Codice di procedura civile (*Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, EGZPO*). Secondo questa disposizione, contenente una clausola legislativa aperta, i singoli *Länder* possono prevedere procedure di conciliazione obbligatorie per le controversie patrimoniali di valore non superiore a settecentocinquanta euro, prima di poter adire un giudice di primo grado (*Amtsgericht*), in determinate controversie che rientrano nell'ambito del diritto di vicinato e della materia di diffamazione (purché l'offesa non sia arrecata mezzo stampa o radio). Per quanto riguarda la materia del lavoro, la mediazione è prevista anche nelle controversie fra datore di lavoro e commissione interna, per le quali viene istituito un comitato di conciliazione, a livello aziendale, cui è demandata la funzione di conciliazione interna. Vi sono poi altre materie per cui l'ordinamento tedesco prevede la facoltatività del ricorso alla conciliazione, tra le quali spicca la

materia delle successioni che risulta essere uno degli ambiti di maggior applicazione della mediazione¹⁵⁰.

Nei *Länder* in cui è stata introdotta la mediazione obbligatoria, di conseguenza, l'ammissibilità di un'azione giudiziaria, per le materie indicate, richiede come presupposto il fallimento di un tentativo di conciliazione.

Vi sono poi altre misure previste in favore alla conciliazione, tra le quali:

- la sospensione dei termini di prescrizione dei diritti delle parti;
- l'obbligo imposto al mediatore e alle parti riguardo alla riservatezza delle informazioni scambiate durante tutta la mediazione, nel rispetto del codice europeo di comportamento dei mediatori;
- l'efficacia dell'accordo redatto per iscritto, che costituisce titolo esecutivo (in base al quale può essere iniziata l'esecuzione forzata), nel caso che provenga da una transazione conclusa presso un'autorità giudiziaria o un organismo di conciliazione pubblico o riconosciuto dallo Stato ai sensi dell'articolo 15° *EGZPO*. Diversamente, tale accordo vincola le parti con efficacia di un contratto, assumendone quindi le caratteristiche.

Rimangono da definire, invece, i profili della disciplina riguardanti la professionalizzazione della figura del mediatore, per certi versi non ancora riconosciuta nella sua unitarietà, e le agevolazioni relative al contenimento delle spese procedurali e delle agevolazioni fiscali. Esse non sono previste eccetto che per le procedure giudiziali o quelle effettuate negli uffici di conciliazione istituiti nel settore privato per il trattamento dei reclami dei clienti (in questi casi sono a carico del cliente solo le spese vive, come le spese postali o telefoniche)¹⁵¹.

2.2 In Austria.

¹⁵⁰ Cfr., in termini, Antonina GIORDANO, *La mediazione nei Paesi europei. Profili comparatistici tra i diversi modelli*, ARACNE editrice, Roma, ottobre 2013, pp. 67-69. Per altre rilevazioni e stime sul numero delle conciliazioni in Germania si veda Rocco FAVALE e Maria Paola MANTOVANI, *Gli strumenti di mediazione in materia sanitaria*, in *La nuova mediazione e conciliazione*, a cura di Nicola SOLDATI, cit., pp. 326-327.

¹⁵¹ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pp. 70-71.

Passando all'Austria, troviamo in questo Paese uno dei pochi ordinamenti in cui l'istituto della mediazione non è finalizzato a deflazionare il contenzioso ordinario. Qui gli *ADR* non sono nati e non si sono sviluppati con la prospettiva di ovviare ad un sistema giudiziario inefficiente, ma sono stati pensati ed introdotti al fine di offrire alle parti una via più adeguata alla soluzione di quei conflitti che, toccando un particolare contesto relazionale, presentano caratteristiche peculiari, a fronte delle quali il processo civile, pur se efficiente e di durata ragionevole, può rivelarsi, sotto altri profili, non del tutto soddisfacente¹⁵². Questa impostazione legislativa, unita alla differente concezione dell'istituto che è stata assunta in Austria, hanno fatto riscontrare esiti soddisfacenti dalla sua introduzione fino ad oggi¹⁵³.

Alcune fattispecie di mediazione obbligatoria sono state introdotte dalla legge quadro n. 29 del 2003 (entrata in vigore il 1° luglio 2004) per le liti su questioni di vicinato e per quelle sulle pari opportunità nei luoghi di lavoro. Per altre fattispecie, relative alla materia della locazione (in particolare l'esecuzione di opere di manutenzione ordinaria o di miglioria, l'ammontare dei canoni locativi, la suddivisione dei costi di esercizio), è obbligatorio rivolgersi all'organo di conciliazione se l'immobile è ubicato in uno dei Comuni che dispongono di tale servizio. In questi casi il tribunale può essere adito previo esperimento di un tentativo di conciliazione presso il servizio di conciliazione del Comune, oppure se il relativo procedimento non si è concluso dopo tre mesi dal suo inizio¹⁵⁴.

Di notevole rilievo è la disposizione di esordio (articolo 1, comma I) di detta legge che definisce la mediazione come un'attività fondata sulla libera volontà delle parti con la quale il mediatore, applicando metodi generalmente riconosciuti, facilita la comunicazione fra le parti al fine di rendere possibile una soluzione al loro conflitto, di cui le stesse sono direttamente responsabili¹⁵⁵.

Per quanto riguarda la conciliazione giudiziale, oltre ad essere favorita con molteplici accorgimenti, essa può assumere una forma particolare nel caso si tratti di

¹⁵² Cfr., Nicolò G. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione*, in *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, a cura di Nicolò G. TROCKER e Alessandra DE LUCA, Firenze University Press, 2001, pag. 175.

¹⁵³ Cfr. *ibidem*.

¹⁵⁴ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pp. 77-80.

¹⁵⁵ Cfr. R. FAVALE e M. P. MANTOVANI, *Op. cit.*, pp. 328-330.

transazioni denominate “*prätorischen Vergleiche*” (accordi pretorili), attraverso le quali, pur senza definirsi con una pronuncia giurisdizionale, si addivene alla risoluzione della controversia con l'intervento del giudice che svolge il ruolo di facilitatore dell'accordo tra le parti in lite¹⁵⁶.

Fra le garanzie che l'ordinamento austriaco pone a tutela delle parti in mediazione vi sono, il rigoroso rispetto della riservatezza, l'obbligo di comparizione personale delle parti in almeno un'udienza, la determinazione del tempo massimo per esperire la condizione di procedibilità fissato in tre mesi, la professionalizzazione del mediatore che deve essere un esperto qualificato iscritto in un elenco speciale¹⁵⁷, tenuto a rispettare tutte le norme deontologiche e soggetto all'obbligo (sanzionato penalmente) del segreto. Per quanto riguarda le spese, queste non dipendono dal valore della controversia ma dalla durata del procedimento e sono ripartite tra le parti sulla base di un accordo. Se, in linea di principio, non è garantito il gratuito patrocinio, in alcuni casi è previsto un contributo governativo.

2.3 In Spagna.

In Spagna, il Piano Strategico per la Modernizzazione della Giustizia 2009-2012 del Ministero della Giustizia¹⁵⁸ offriva interessanti proposte per una politica

¹⁵⁶ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pp. 77-80.

¹⁵⁷ Gli standard richiesti dall'ordinamento austriaco sono tra i più elevati d'Europa. Qui, infatti, la legge quadro citata, nell'introdurre la possibilità per le parti, in relazione a tutte le controversie, di comporre la lite mediante la mediazione, ha istituito presso il Ministero della Giustizia una commissione volta a garantire la professionalità dei mediatori: essa ha il compito di dare pareri circa i progetti di legge in materia, di assicurare la serietà e idoneità dei programmi educativi promossi dagli organismi di formazione dei mediatori e di approvare i detti programmi che sono poi recepiti in un regolamento ministeriale. Parallelamente la legge ha previsto che, sempre presso il Ministero, siano tenuti due registri: uno relativo all'iscrizione degli organismi di formazione e uno relativo all'iscrizione dei mediatori. Per l'iscrizione come mediatore sono prescritte 365 ore di formazione, che scendono a 220 per alcune professioni “privilegiate” (avvocati, notai, consulenti aziendali, docenti universitari di materie giuridico-economiche, psicologi, sociologi). L'iscrizione è valida per 5 anni, rinnovabile a condizione che siano stati svolti corsi di perfezionamento e aggiornamento (Cfr. C. BESSO, *La mediazione: definizioni e tipologie*, in *La mediazione civile e commerciale*, cit., commento *sub* nota 51, pp. 43-44).

¹⁵⁸ Documento citato in Silvia BARONA VILAR, *Introduzione della mediazione civile e commerciale nell'ordinamento giuridico spagnolo. Linee guida della proposta di legge sulla mediazione nelle*

volta ad introdurre elementi che rispondessero ad un desiderio di trasformazione radicale, capace di produrre un cambiamento nel sentire comune dei cittadini riguardo al funzionamento della giustizia, ritenuta non rispondente alle aspettative ed accusata di offrire un servizio arretrato, lento e costoso. In quest'ottica, tra gli apporti emersi nell'ambito di questo "ripensamento" della giustizia venne preso in seria considerazione l'inserimento nel sistema di centri di mediazione che permettessero la risoluzione del conflitto. Inserimento che avvenne con il *Real Decreto* n. 5 del 2012, in attuazione della Direttiva 2008/52/CE. Sebbene il progetto preliminare di Legge sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali¹⁵⁹ avesse previsto al suo interno il tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità per le cause di valore inferiore ai seimila euro, nel Decreto reale del 2012 non ve n'è traccia. La mediazione, nella forma in cui è stata introdotta in Spagna, corrisponde ad uno strumento autocompositivo, semplice, snello, efficace ed economico. Il fondamento dell'istituto, come di qualsiasi altro strumento di *ADR*, risiede nell'idea di libertà in quanto solo la volontarietà e la libera decisione delle parti dovrebbero portare al loro impiego. L'obbligatorietà, infatti, non appare raccomandabile in un Paese nel quale la cultura del processo e della lite ha dominato per secoli¹⁶⁰. Fermo restando il punto appena chiarito, la legge spagnola in materia presenta alcune analogie con la normativa italiana ma anche alcune peculiarità: se non sono da evidenziare particolari differenze circa il principio di riservatezza, il principio di neutralità e imparzialità dei mediatori, invece, comporta che le attività di mediazione si svolgano, nell'ordinamento iberico, esclusivamente in una forma tale da consentire alle parti in conflitto di raggiungere da sole un accordo. Infatti, il mediatore non può né proporre né, tanto meno, imporre una soluzione o una misura concreta. Anche riguardo al procedimento non sono da segnalare particolari differenze, eccetto quanto la normativa prevede sull'efficacia del verbale di conciliazione. Questo, infatti, se è firmato dal mediatore acquista *ope legis* titolo esecutivo senza la necessità delle

cause civili e commerciali del 2010, in *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, a cura di Nicolò G. TROCKER e Alessandra DE LUCA, cit., pp. 53 e seguenti.

¹⁵⁹ Citato *ibidem*.

¹⁶⁰ Cfr. *ibidem*.

firme attestanti degli avvocati oppure dell'omologazione del tribunale del luogo in cui ha sede l'organismo di mediazione¹⁶¹.

2.4 In Francia.

In Francia, l'attenzione al fenomeno delle risoluzioni alternative delle controversie non si esprime sotto l'acronimo anglosassone *ADR* bensì sotto l'acronimo *M.A.R.C.* (*Models alternatifs de règlement des conflits*). Tale diversificazione non è solo un elemento formale ma ci suggerisce il riferimento, che il sistema francese vuole sottolineare, al conflitto e non alla controversia, cioè ad una sfera più ampia di situazioni le cui motivazioni difficilmente possono formare oggetto di domanda giudiziale (si pensi alle divisioni ereditarie tra fratelli, laddove il problema non è solo sui beni quanto anche sui dissapori interni alle famiglie e mai sopiti). Del resto l'oggetto dello studio degli esperti di *ADR* è proprio il conflitto quale fenomeno antropologico e sociologico, e non semplicemente il contrasto di natura giuridica.

Fatta questa precisazione, è necessario fare un'ulteriore distinzione. In Francia i concetti di mediazione (*médiation*) e conciliazione (*conciliation*) costituiscono due differenti e distinti mezzi di risoluzione del conflitto, entrambi introdotti assai prima della Direttiva n. 52 del 2008, per i quali la differenza terminologica non riguarda tanto la natura delle materie trattate quanto il diverso ruolo svolto dal conciliatore e dal mediatore.

La *conciliation* venne introdotta nell'ordinamento francese con il Decreto n. 78-381 del 20 marzo 1978, modificato dal Decreto del 13 dicembre 1996 ma tale istituto non è certo una novità per l'ordinamento francese, che lo conosce, con fasi alterne, dalla fine del XVIII secolo. Si tratta di uno strumento di composizione amichevole delle liti, su base volontaristica, che può svolgersi sia in sede giudiziale (già disciplinata nel Codice del 1806) che stragiudiziale. Il ricorso alla *conciliation* è

¹⁶¹ Cfr., sul punto, Angelo MAIETTA, *La mediazione negli ordinamenti stranieri*, in *La nuova mediazione civile e commerciale*, a cura di A. MAIETTA, cit., pp. 279-280.

ammesso per le controversie tra privati in materia di diritti disponibili relativi a proprietà, conflitti tra proprietari e inquilini, tra consumatori e liberi professionisti, liti di vicinato o di famiglia, disaccordi tra fornitori e clienti, difficoltà nella riscossione di una somma di denaro, contestazione di una fattura ed altre controversie di lieve entità¹⁶². Ciò che contraddistingue l'istituto, come accennato, è il ruolo attribuito alla figura del *conciliateur de justice*, per il cui reclutamento non era prevista una conoscenza di tecniche specifiche di negoziazione ma era richiesta una formazione giuridica. Egli rimane un soggetto non solo terzo e imparziale, ma anche piuttosto marginale nella ricerca di una risoluzione. La conciliazione che si conclude dinanzi a lui è, unicamente, il frutto della negoziazione delle parti: il *conciliateur* non fa altro che tradurre in un documento ben scritto l'accordo che le parti hanno già raggiunto tra loro avendone ben chiare le articolazioni e i contenuti¹⁶³.

L'intervento del *conciliateur de justice* è completamente gratuito e non richiede nessuna particolare formalità. Egli riceve i cittadini presso qualsiasi municipio o tribunale cosiddetto d'istanza (*tribunaux d'instance*), presente in ogni circoscrizione. Una volta conclusa la redazione del verbale di avvenuta conciliazione (*constat d'accord*), egli provvederà a depositarlo presso il tribunale; tuttavia, per rendere vincolante l'accordo raggiunto dalle parti, è necessario chiedere al giudice l'attribuzione di forza esecutiva. Se il conciliatore è stato designato dal giudice, l'accordo sarà sottoposto all'omologazione da parte del giudice.

Se l'istituto appena richiamato non ha avuto molto successo, un esito diverso l'ha ottenuto invece la *médiation*, introdotta in Francia a partire dagli anni '80 del secolo scorso. Il procedimento previsto, in questo caso, è di natura privatistica, è esperibile per tutte le controversie relative a diritti disponibili (e non solo per quelle minori)¹⁶⁴ e si può configurare in tre differenti modalità:

- un procedimento di mediazione su base esclusivamente volontaria che può essere intrapreso dalle parti per qualsiasi tipo di controversia civile,

¹⁶² Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pag. 47.

¹⁶³ Cfr. A. MAIETTA, *Op. cit.*, pp. 276-278.

¹⁶⁴ Cfr. sul punto F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., pp. 118-119.

purché tale procedimento non rappresenti un espediente per aggirare norme imperative o di natura fiscale;

- un tentativo preliminare di mediazione dinanzi al tribunale d'istanza (o di prossimità a causa non ancora avviata), *ex* articoli 131 e seguenti del Codice di procedura civile, che può concludersi con un accordo che diventa titolo esecutivo (esistono in Francia apposite udienze di conciliazione tenute dal giudice);
- la mediazione avviata nel corso della causa con l'accordo delle parti (*médiation judiciaire*): il giudice designa il mediatore per procedere ad un tentativo e fissa il termine di durata del procedimento. La *médiation judiciaire* non è gratuita, il compenso del mediatore è fissato dal giudice (dopo l'esecuzione dell'incarico e dietro presentazione di una nota spese *ex* articolo 119 del Decreto n. 91-1266 del 19 dicembre 1991) ed è a carico delle parti, tenute a versare un anticipo all'inizio della procedura. Fanno eccezione gli indigenti che possono beneficiare del gratuito patrocinio¹⁶⁵.

Analizzando quest'ultimo tipo di mediazione, la *médiation judiciaire*, notiamo che essa presenta caratteristiche simili alla nostra mediazione "delegata" per la quale ha costituito un modello, anche perché è stata inserita nell'ordinamento francese molto prima che in Italia: la Legge 8 febbraio 1995, n. 95-125¹⁶⁶, infatti, ha previsto che, dopo l'inizio del processo, il giudice ove lo ritenga opportuno può invitare le parti a sottoporre la controversia ad un procedimento di *médiation*, realizzando in tal modo un meccanismo di innesto procedimentale. Questo istituto in realtà era nato da una prassi precedentemente affermata nelle corti parigine, specialmente nell'ambito dei conflitti familiari. Tale forma di mediazione, tuttavia, richiede che vi sia l'accordo delle parti ma, la nomina del mediatore spetta al giudice che alla fine dell'incarico liquida il compenso. La sua durata è fissata al massimo in tre mesi, con la possibilità però della concessione, una sola volta, di un'estensione per il medesimo periodo a seguito della richiesta del mediatore. Per quanto riguarda la tutela della riservatezza, nel caso della *médiation judiciaire*, si deve constatare che, sussistendo

¹⁶⁵ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁶⁶ Legge implementata dal Decreto del 22 luglio 1996 e inserita nel *nouveau Code de procédure civile* agli articoli che vanno dal 131-1 al 131-15.

in capo al mediatore una serie di doveri di informazione nei confronti del giudice (deve metterlo al corrente delle difficoltà che incontra nello svolgimento del procedimento e, alla fine del suo incarico, deve comunicargli se le parti sono riuscite o meno a trovare una soluzione al loro conflitto¹⁶⁷), essa non è sufficientemente garantita. In Francia, pertanto, la mediazione che noi chiameremmo delegata è posta sotto il completo controllo del giudice, che monitora il procedimento durante tutto il suo svolgimento e può anche decidere di farlo terminare anticipatamente¹⁶⁸.

Di particolare rilievo in termini di diffusione dello strumento conciliativo sono, inoltre, le clausole di *médiation*: in questo caso è da sottolineare l'importante ruolo svolto dalla giurisprudenza della massima istanza giurisdizionale. Infatti, la sentenza della *Cour de cassation* pronunciata nella composizione a “*Chambre mixte*” del 14 febbraio 2003¹⁶⁹, ha affermato la natura vincolante delle clausole in questione, riconoscendo la loro efficacia impeditiva rispetto al diritto delle parti di adire in giudizio¹⁷⁰. Nella clausola di *médiation*, dunque, le parti possono convenzionalmente creare una connessione tra procedimento alternativo e processo contenzioso, tale per cui il primo deve necessariamente precedere l'instaurazione del secondo. Si tratta cioè di una connessione di fonte convenzionale destinata a provocare un arresto immediato del giudizio promosso in violazione della clausola¹⁷¹.

In Francia, infine, sono previsti dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie in determinate materie di dettaglio. Si tratta di settori in cui le tecniche di mediazione e lo studio della gestione dei conflitti interpersonali si sono specializzati in particolari ambiti e proprio per questo vi hanno trovato successo. Sono degni di menzione i seguenti settori:

- per le controversie derivanti dall'uso di *internet*, in cui sia coinvolto almeno un privato, esiste la figura del *Mediateur DuNet*, creata nel maggio del 2001, che ha competenze su controversie: a) legate ad acquisti *on line*, b) tra consumatori che abbiano operato su piattaforme virtuali di scambi; c) tra privati in materia di diritti d'autore,

¹⁶⁷ Ex articoli 131-9 e 131-11 del *NCPC*.

¹⁶⁸ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁶⁹ Sentenza citata in F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, commento *sub* nota n. 326, pag. 137.

¹⁷⁰ Cfr. *ivi*, pp. 138-139.

¹⁷¹ Cfr. *ibidem*.

diffamazione, ingiuria ed altro ancora, sempre *on line*; d) legate ai nomi a dominio, ovvero gli indirizzi elettronici che identificano un sito *web*. Il *Mediateur DuNet* organizza un processo stragiudiziale di regolazione della controversia legata all'uso di *internet*, connotato dalla massima riservatezza e che tende a reinstaurare un dialogo tra le parti e a formulare proposte di risoluzione della vertenza che possono essere accettate o meno dalle parti¹⁷²;

- per le controversie tra i cittadini e fra cittadini e Amministrazioni, segnatamente in ambito tributario, è stata istituita la figura del Mediatore della Repubblica. Si tratta di un'autorità indipendente che dispone di propri delegati nei dipartimenti. I delegati sono lavoratori attivi o in quiescenza con buona conoscenza del diritto amministrativo, nominati dal Mediatore della Repubblica con un incarico annuale rinnovabile che si impegnano volontariamente a offrire al pubblico la propria disponibilità per ricevere le persone su richiesta diretta. La mediazione diretta da questa istituzione, di conseguenza, è completamente gratuita¹⁷³;
- per i conflitti familiari è prevista la figura del mediatore familiare, il quale, al termine della mediazione, redige un progetto d'intesa che rappresenta un impegno morale assunto dalle parti che hanno, inoltre, la facoltà di trasmetterlo ai loro avvocati e al giudice di famiglia per l'omologazione. La prima seduta di mediazione è gratuita, le successive sono a pagamento e il costo è calcolato in rapporto ai redditi delle persone;
- per i conflitti tra le imprese, è specializzato nella risoluzione alternativa di questo tipo di controversie il centro di arbitrato e mediazione della Camera di Commercio, la quale ha costituito un servizio di mediazione tra imprese che può essere richiesto dalle parti di comune accordo o da un tribunale;

¹⁷² Cfr. A. MAIETTA, *Op. cit.*, pag. 278.

¹⁷³ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pag. 47.

- per i conflitti tra consumatori e grandi imprese (ad esempio poste, banche e assicurazioni): presso questo tipo di imprese è attivato un servizio di mediazione che interviene solo se la lite persiste anche dopo l'esperimento delle procedure interne di reclamo e a condizione che la via giudiziaria non sia stata già scelta dalle parti. Questo tipo di mediazione trova un'eccellente applicazione specialmente in materia di assicurazioni. Infatti, dal 1° ottobre 1993 gli utenti privati in lite con una compagnia assicurativa possono rivolgersi ad un mediatore indipendente (*médiateur des assurance*) il cui intervento è rapido e gratuito;
- esiste infine la figura del mediatore penale. Nonostante essa sia presente anche in altri ordinamenti se ne dà menzione solo in questo ordinamento poiché in Francia la Costituzione permette all'istituto un più ampio respiro, cosicché viene ad assumere un'importanza non trascurabile. L'obiettivo di questo istituto è assicurare la riparazione del danno causato con il reato, di mettere fine alla turbativa risultante dall'infrazione e di contribuire al reinserimento del reo. È comunque fondamentale sottolineare che la tipologia delle infrazioni che possono essere di volta in volta oggetto di mediazione penale è di esclusiva decisione della Procura della Repubblica e comprende lesioni lievi, furti, truffe minori, mancato pagamento di assegni alimentari, minacce, ingiurie, ed altri reati minori. Il mediatore penale non può essere adito direttamente dalle parti ma deve essere designato da un'associazione o dalla Procura della Repubblica e deve essere scelta una persona abilitata dal tribunale dopo aver conseguito una specifica formazione, riconosciuta dal Ministero della giustizia. Occorre sottolineare, infine, che la mediazione penale non sospende i termini di prescrizione.

2.5 In Scandinavia.

Un'area europea dove i procedimenti alternativi alla giurisdizione sono molto praticati e culturalmente diffusi nella popolazione sono i Paesi scandinavi.

In Danimarca, il capo 27 della legge in materia di amministrazione della giustizia (*retsplejeloven*) definisce le norme relative alla mediazione giudiziaria nelle cause civili presso i *byretterne* (tribunali distrettuali), l'*Østre Landsret* (tribunale regionale della Danimarca orientale) o il *Vestre Landsret* (tribunale regionale della Danimarca occidentale) e il *Sø- og Handelsretten* (tribunale marittimo e del commercio). Il tribunale può nominare, a richiesta delle parti, un mediatore giudiziario che le assista nella composizione della controversia (mediazione giudiziaria). La mediazione giudiziaria può rappresentare un'opportunità per comporre la controversia ed è considerata un'alternativa più soddisfacente per entrambe le parti: infatti, è la popolazione stessa che si è resa conto che la composizione derivante dalla mediazione può accordare alle parti una maggiore influenza sull'andamento della vicenda e consente di tenere conto di interessi ed esigenze non immediate delle parti medesime, anche in una prospettiva futura¹⁷⁴.

A fungere da mediatore può essere un giudice o un funzionario del tribunale competente, nominato per agire in qualità di mediatore, o un avvocato che sia stato approvato dal *Domstolstyrelsen* (amministrazione degli organi giudiziari danesi) per agire in qualità di mediatore nel distretto di un tribunale regionale di competenza. Egli determina lo svolgimento della procedura insieme alle parti e può incontrarsi con loro anche singolarmente, previa autorizzazione di queste ultime. Ogni parte sostiene i propri costi per la mediazione giudiziaria, salvo diverso accordo¹⁷⁵.

Qualora la mediazione conduca a una composizione della controversia, potrà essere redatto un documento formale, al quale potrà far seguito l'archiviazione della causa. Ai sensi dell'articolo 478, paragrafi 1 e 2, del *Lov om Rettens Pleje - Retsplejeloven* (legge in materia di amministrazione della giustizia), l'esecuzione forzata può avvenire sulla base di un accordo di conciliazione raggiunto di fronte a un tribunale o altra autorità per le cui decisioni la legge preveda l'esecuzione forzata. Inoltre, ai sensi dell'articolo 478, paragrafi 1 e 4, l'esecuzione può avvenire sulla base

¹⁷⁴ Cfr. Fabio SACCO, *La mediazione nel contesto europeo*, Lulu editore, s.l., 2013, pp. 46-49.

¹⁷⁵ Cfr., in termini, *Mediazione negli Stati membri – Danimarca*, reperibile sul sito internet: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-dk-it.do?member=1

di un accordo di conciliazione stragiudiziale, avente forma scritta e relativo a obbligazioni debitorie rimaste inadempite, qualora l'accordo indichi esplicitamente di avere valore esecutivo¹⁷⁶.

In Norvegia il servizio di mediazione e conciliazione nazionale è gratuito e organizzato su base locale in modo capillare contribuendo, attraverso la rapida definizione delle liti, alla pace sociale e all'ottimo funzionamento dell'apparato giurisdizionale.

Qui esiste un servizio di mediazione e conciliazione, totalmente integrato nel sistema giudiziario, presente in ogni Comune norvegese e strutturato attraverso una rete di consigli di mediazione. Ciascun consiglio ha due rappresentanti nominati per quattro anni dal Consiglio comunale e dalla Polizia municipale (possono essere nominate solo persone con una cultura giuridica di elevato profilo e dotate di tassativi requisiti di onorabilità). La mediazione davanti al consiglio di mediazione richiede che vi sia il consenso di entrambe le parti. Queste devono comparire di persona e non possono incontrarsi con la presenza di un avvocato. La presenza dell'avvocato non è ammessa neppure in rappresentanza di una persona giuridica¹⁷⁷.

Il ruolo svolto dal mediatore non è limitato alla facilitazione dell'accordo ma può espandersi fino a giungere alla formulazione di possibili soluzioni o suggerimenti per l'accordo. Al mediatore, infine, è imposto un rigido obbligo di riservatezza la cui violazione è punita con sanzioni amministrative e penali.

A questa tipologia di mediazione che potremmo definire "comunale", completamente facoltativa, si aggiunge un ulteriore tipo di mediazione, questa volta obbligatoria: una mediazione da tenersi dinanzi al cosiddetto *conciliation board*.

Questo procedimento prevede che, prima di proporre il ricorso giudiziale, le parti verificano se non sia possibile una composizione preventiva in *ADR* davanti ad un *conciliation board*; la conciliazione si introduce con un reclamo che va notificato al convenuto il quale ha due settimane per rispondere. Sono esclusi dall'ambito di applicazione le controversie in materia di famiglia e le liti che hanno come parte una pubblica autorità, istituzione o un funzionario su questioni che non sono

¹⁷⁶ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pp. 61-65.

¹⁷⁷ Cfr. *ivi*, pp. 83-87.

esclusivamente di diritto privato. L'obbligatorietà, inoltre, è esclusa: a) quando la controversia sia superiore ad un certo valore fissato per legge ed entrambe le parti siano assistite da un avvocato; b) quando sia già stato effettuato un tentativo di mediazione *out-of-court*¹⁷⁸; c) quando il caso sia stato assunto da altro tribunale¹⁷⁹.

In questo tipo di procedimento, diversamente da quello precedentemente descritto, le parti possono essere assistite anche da un avvocato, tuttavia non è richiesta alcuna spesa dallo Stato.

Il *conciliation board* può formulare proposte ed esprimere punti di vista sulla vicenda. Solo se le parti lo desiderano, può anche giudicare il caso con sentenza. Davanti al *conciliation board*, durante tutta la procedura, le parti possono presentare prove e avvalersi di testimoni¹⁸⁰.

L'ordinamento norvegese concede alle parti un'alternativa alla mediazione per *conciliation board*: esse possono convenire di ricorrere a una *Out of court mediation* e cioè scegliere un mediatore da un elenco disposto dalla Corte. Le differenze con il *conciliation board* sono la non gratuità del procedimento *out of court* e il fatto che in quest'ultimo caso la mediazione è esclusivamente facilitativa e non anche aggiudicativa, non potendo formularsi proposte risolutive o suggerimenti¹⁸¹.

Esiste infine anche la *judicial mediation*, che può essere esperita dal giudice, con il consenso delle parti, in aggiunta alla mediazione anzi detta. In questo caso il giudice svolgerà prima il ruolo di mediatore e, in caso di fallimento, deciderà la controversia.

Per quanto riguarda l'efficacia della decisione presa in sede di conciliazione, questa deve essere verbalizzata e sottoscritta dalle parti e da un giudice, il quale, per concedere l'efficacia esecutiva, deve fissare un termine per l'esecuzione e, se l'accordo non prevede disposizioni in materia di ripartizione dei costi, questa è determinata a sua discrezione¹⁸².

¹⁷⁸ Vedi *infra*.

¹⁷⁹ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pp. 83-87.

¹⁸⁰ Cfr. *ibidem*.

¹⁸¹ Cfr. *ibidem*.

¹⁸² Cfr. *ibidem*.

Per quanto riguarda i rimanenti Paesi scandinavi, Svezia e Finlandia, per tradizione giuridica possiedono entrambi una cultura conciliativa radicata nell'ordinamento. Sia in Svezia che in Finlandia il tentativo di conciliazione giudiziale è previsto per legge mentre il procedimento di mediazione extragiudiziale è attivabile solo in via volontaria e sono entrambi, generalmente, privi di spese.

2.6 In Europa orientale.

La diffusione dei procedimenti alternativi alla giurisdizione in Europa ha raggiunto rapidamente una larga diffusione anche nella parte orientale del continente come ad esempio Estonia, Lettonia ed anche in Russia¹⁸³. Una legislazione particolarmente efficace in materia si è avuta in Bulgaria, dove gli incentivi finanziari hanno fatto lievitare le mediazioni e conseguentemente anche le mediazioni concluse con esito positivo¹⁸⁴. Benché la mediazione non sia gratuita, poiché all'organismo è dovuto un compenso (stabilito in accordo con le parti o secondo tariffari), in questo Paese in caso di definizione con successo le parti ricevono un rimborso del 50% dell'imposta statale già versata per il deposito della causa in tribunale. La mediazione, essendo totalmente volontaria, non costituisce una condizione preliminare all'avvio di un procedimento giudiziario. L'accordo raggiunto, una volta verbalizzato, ha il valore di una sentenza passata in giudicato a meno che non sia contrario al diritto o alla morale. Per ottenere al verbale l'efficacia di titolo esecutivo è necessaria l'autenticazione del notaio.

¹⁸³ Per la diffusione dell'istituto nella Russia post-sovietica si veda A. MAIETTA, *Op. cit.*, pp. 280-281.

¹⁸⁴ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pp. 105-109 dove si riporta il seguente dato: limitatamente alla città di Sofia, nel biennio 2010-2011 le mediazioni sono lievitare e concluse con esito positivo nel 40% dei casi. Inoltre, lo stesso Parlamento europeo ha citato la Bulgaria come il paese che ha adottato le misure più efficaci per assicurare la rapida implementazione delle disposizioni recate dalla predetta direttiva.

3. L'obbligatorietà della mediazione civile negli ordinamenti giuridici di tradizione anglosassone.

L'area giuridica del *common law* costituisce la patria delle *Alternative Dispute Resolution*, ciò fa sì che l'applicazione dell'istituto in questi ordinamenti giuridici sia di primaria importanza nello studio sull'origine e sull'evoluzione delle tecniche di *ADR* in Europa.

Anche per quanto riguarda il nostro ordinamento, come vedremo tra breve, possiamo notare molte somiglianze, con particolare riferimento all'ordinamento statunitense, nell'applicazione dell'istituto della mediazione. Ed è proprio sul punto dell'obbligatorietà che si scorge come il legislatore italiano abbia attinto a piene mani dall'esperienza americana. Prima di analizzare questa, però, diamo uno sguardo alle modalità di approccio e di inserimento che ha vissuto la mediazione nell'ordinamento britannico, patria del *common law*.

3.1 In Gran Bretagna

L'origine dei procedimenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione nel Regno Unito è da ricercarsi nell'accresciuta attenzione per la tutela dei diritti dei consumatori e nella constatata inidoneità del processo ordinario quale strumento di adeguata protezione degli interessi del contraente economicamente e socialmente debole nei confronti dell'impresa, in ragione degli alti costi, dei tempi di svolgimento e dell'eccessivo formalismo che lo caratterizza¹⁸⁵.

Alcuni tipi di procedimenti alternativi alla giurisdizione sono nati convenzionalmente da associazioni di categoria tra imprese per dirimere le controversie insorte con i loro clienti, altri sono stati introdotti direttamente da fonti normative. Tale diversa matrice non è priva di riflessi in ordine alla loro rilevata multiformità. Già in questo Paese, infatti, è sorta fin da subito la dualità dei noti

¹⁸⁵ Cfr., in termini, F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., pp. 109-110.

modelli fondamentali: quello aggiudicativo-decisorio (*adjudicative ADR*), e quello compositivo (*non adjudicative ADR*).

L'intervento più recente e rilevante in materia si è avuto nel 1998 con la riforma processuale inserita nelle *Civil Procedure Rules*: prendendo le mosse dall'idea del processo come strumento assolutamente residuale per porre rimedio alla lesione dei diritti, tale riforma pone a carico delle parti il dovere di evitare il processo, se e nei limiti in cui ciò sia ragionevolmente praticabile, tentando la conciliazione e a tal fine incoraggia e promuove, in vario modo e a più livelli, l'utilizzo di tutte queste procedure intese a realizzare la definizione non giurisdizionale delle controversie. Al riguardo la *Rule 1.4 (2)(e)* stabilisce, in linea generale, che la Corte, nell'ambito che le compete, deve incoraggiare le parti all'uso di una procedura alternativa che ritenga appropriata al tipo di controversia e facilitare l'accesso ad essa, fermo restando il dovere della stessa Corte a tentare la conciliazione all'interno del processo. La successiva *Rule 26.4* ha cura di precisare poi che la Corte può sospendere il processo, su istanza di parte o d'ufficio, quando lo ritiene opportuno, al fine di consentire alle parti di tentare la composizione convenzionale della lite attraverso una procedura alternativa¹⁸⁶.

Le parti, pur non rimanendo affatto obbligate ad attivare il procedimento o a parteciparvi attivamente, ove si rifiutino, possono comunque incorrere in alcune conseguenze a loro sfavorevoli che la prassi procedurale affida alla discrezione del giudice. In particolare, al giudice è consentito, sulla base di una valutazione discrezionale che tenga conto di tutte le circostanze, di individuare delle eccezioni alla regola generale che pone le spese del giudizio a carico della parte soccombente, a tal fine il giudice potrà tenere conto della condotta non collaborativa di una o di entrambe le parti nell'ambito di una procedura alternativa, decidendo eventualmente sulle spese a prescindere dalla soccombenza¹⁸⁷.

Altre possibili conseguenze non riguardano propriamente la mediazione ma un'altra modalità transattiva presente in Gran Bretagna e simile a quella statunitense. Questo tipo di procedura alternativa prevede che, prima dell'inizio del procedimento giurisdizionale (*trial*), ciascuna parte possa effettuare una proposta di transazione

¹⁸⁶ Cfr. *ivi*, pp. 112-113.

¹⁸⁷ *Rule 44.3* citata in F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., pp. 113-114.

della controversia e renderla nota alla controparte, che può accettarla. Nel caso di rifiuto, invece, al fine di preservare l'imparzialità del giudice che a questo punto dovrà decidere la controversia, la proposta di accordo non può essere prodotta in giudizio¹⁸⁸. Il giudice potrà venire a conoscenza di tale proposta soltanto dopo aver deciso il merito della causa, al fine di determinare il carico delle spese, derogando eventualmente al principio di soccombenza¹⁸⁹. In particolare, per evitare rifiuti ingiustificati di proposte transattive, la legge prevede un meccanismo sanzionatorio diversamente articolato a seconda della parte – attore o convenuto – che abbia rifiutato l'offerta rivelatasi *ex post* più conveniente rispetto alla sentenza: se a rifiutare l'offerta sia stato l'attore, questi è condannato a pagare tutte le spese sostenute dal convenuto dopo il decorso del termine ultimo per l'accettazione dell'offerta¹⁹⁰. Se invece il rifiuto dell'offerta sia imputabile al convenuto, questi può essere condannato a pagare sia gli interessi sulla somma dovuta con una maggiorazione fino al 10% in più rispetto al tasso ufficiale, sia le spese del processo, il cui ammontare può essere calcolato su base indennitaria e maggiorato fino ad un massimo del 10% a titolo di interessi. Il rigore di tali criteri è tuttavia temperato dalla possibilità riconosciuta al giudice di derogare ad essi allorché, in ragione della condotta delle parti, delle circostanze dell'offerta e delle informazioni di cui le parti stesse erano in possesso al momento della sua formulazione, la sanzione da comminare appaia ingiusta¹⁹¹.

Queste sanzioni "indirette", incidendo sulla distribuzione dei costi del processo che, come noto, in Inghilterra sono alquanto elevati, fa sì che il meccanismo sanzionatorio risulti fortemente punitivo, al punto da poter vanificare, in alcuni casi, la vittoria della parte che abbia ingiustificatamente rifiutato l'indicazione del giudice in favore del procedimento alternativo¹⁹².

Il fatto che l'applicazione della sanzione non sia affidata a meccanismi automatici ma ad una valutazione *ex post* del comportamento della parte che non abbia seguito l'indicazione del giudice o comunque non abbia valutato proposte della

¹⁸⁸ Rule 36.19(1) citata *ibidem*.

¹⁸⁹ Rule 36.19(2) citata *ibidem*.

¹⁹⁰ Rule 36.20(2) citata *ibidem*.

¹⁹¹ Rules 36.21 (2), (3), (4), e (5) citate *ibidem*.

¹⁹² Cfr. F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pag. 113.

controparte, se, da un lato, concorre a rendere più flessibile il meccanismo conciliativo, evitando applicazioni eccessivamente rigorose, dall'altro lato rischia di comprometterne l'efficacia: si è notato, infatti, che in questo modo le parti, nel momento in cui devono valutare l'incoraggiamento del giudice o la proposta della controparte, non sono poste nella condizione di effettuare una valutazione razionale e certa, dovendo piuttosto scommettere sul rischio di una potenziale e indeterminata sanzione che potrebbe colpirle qualora il giudice valutasse negativamente il loro comportamento¹⁹³.

Per quanto riguarda l'efficacia dell'accordo raggiunto in sede di mediazione, le parti possono chiedere al giudice di trasformare tale accordo in un provvedimento giudiziale vincolante, qualora il giudice approvi l'accordo raggiunto¹⁹⁴.

Una caratteristica che l'istituto in esame ha assunto all'interno dell'ordinamento britannico è il riconoscimento tributato alla figura e al ruolo del mediatore quale categoria professionale vera e propria, con un proprio codice deontologico, un'ineludibile specializzazione e formazione continua e con propri regolamenti (a differenza del nostro ordinamento, in cui, per contro, essa non è professione regolamentata)¹⁹⁵.

3.2 Negli Stati Uniti d'America.

L'ultimo degli ordinamenti giuridici che passiamo in rassegna, come accennato, ha costituito un modello da imitare, per quanto possibile, e un punto di riferimento per il nostro ordinamento e per quelli che hanno voluto maggiormente investire nell'istituto della mediazione.

¹⁹³ Cfr. *ivi*, pag. 114. Sul punto l'autrice elabora un confronto con un altro Paese di *common law*, l'Australia. Qui, infatti, per la parte che non ottemperi all'ordine emesso dal giudice di partecipare ad un procedimento di mediazione, sono previsti meccanismi sanzionatori certi, contribuendo così a rafforzare l'effettività del meccanismo processuale. In particolare, la soluzione australiana configura la sanzione come conseguenza automatica di un ordine pronunciato discrezionalmente dal giudice. Tutto ciò favorirebbe le parti a compiere scelte razionali essendo esse poste, *ex ante*, in condizione di valutare i rischi di un comportamento anticonciliativo.

¹⁹⁴ Cfr. A. GIORDANO, *Op. cit.*, pag. 38.

¹⁹⁵ Cfr. A. MAIETTA, *Op. cit.*, pp. 278-279.

Gli Stati Uniti d'America possono considerarsi la patria delle moderne tecniche di *ADR*. In un contesto come quello americano, caratterizzato da forti diversità culturali, spesso causa di conflitti, l'autorità pubblica nella veste della giustizia ordinaria risultava talvolta inadeguata rispetto all'individuazione di soluzioni soddisfacenti che garantissero la pacificazione sociale. Iniziarono così gli studi sul conflitto quale fenomeno sociologico e antropologico, studi che portarono alcuni studiosi americani ad elaborare modelli e teorie che, iniziando in via sperimentale, presero piede dapprima in ambiti ristretti quale ad esempio il contenzioso familiare¹⁹⁶ e poi si estesero agli altri ambiti del contenzioso, specialmente quello relativo al settore commerciale e dei consumi.

Da un punto di vista culturale e filosofico, il fenomeno dell'*ADR* in America affonda le sue radici in quella vera e propria rivoluzione di pensiero intervenuta, nella seconda parte del ventesimo secolo, nel passaggio dall'era del modernismo a quella del post modernismo: un passaggio segnato dalla perdita della certezza in tutti gli ambiti della vita, non ultimo il diritto, attraversato, come tutti gli altri settori, da una vena di incertezza e di instabilità. Questa perdita di fiducia che ha colpito, insieme alle altre istituzioni, anche il sistema giudiziario, ha spinto ad individuare nuove modalità di intervento che consentissero di affrontare i conflitti (e soprattutto i nuovi conflitti della modernità) in modo diverso rispetto al modo "giuridico" tradizionale, attraverso il superamento della logica della certezza e della legge (spesso fallace) del torto e della ragione. L'insieme dei valori e degli ideali che stavano alla base di questo pensiero è stato identificato dagli studiosi nei movimenti culturali degli anni sessanta, mossi da ideali quali l'autorealizzazione dell'individuo e della collettività (sotto lo slogan del "*power to people*") e l'antiautoritarismo¹⁹⁷.

Volendo individuare anche temporalmente questo momento di svolta, l'attenzione deve rivolgersi alla celebre *Pound Conference*¹⁹⁸ tenutasi nel Minnesota

¹⁹⁶ Per un approfondimento sulla nascita della mediazione familiare negli U.S.A. (e nel Regno Unito) si veda Elena URSO, *Mediazione e famiglia fra innovazione e continuità*, in *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, a cura di Nicolò G. TROCKER e Alessandra DE LUCA, cit., pp. 139 e seguenti.

¹⁹⁷ Cfr. la relazione di Oscar CHASE al convegno di Parigi in tema di *ADR* nel 2004, riportato per sommi tratti in F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁹⁸ Conferenza organizzata da Warren BURGER, allora *Chief Justice* della Corte suprema, dal titolo "*National conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*", i cui protagonisti principali furono BURGER stesso e Frank SANDER, professore dell'Università di

nel 1976, ritenuta da molti l'evento fondativo dell'*ADR movement*. A tale conferenza presero parte i massimi esponenti dell'apparato giudiziario e i più prestigiosi rappresentanti dell'avvocatura che si confrontarono sulle cause di insoddisfazione popolare verso l'amministrazione della giustizia, con un esplicito richiamo al discorso tenuto settant'anni prima da *Roscoe Pound* in cui questi "profetizzava" la crisi del sistema giuridico americano. Le cause furono individuate nell'eccesso di domanda e il rimedio prospettato fu proprio il ricorso a procedure alternative volte all'alleggerimento del sistema e a riportare l'efficienza nella soluzione delle controversie. Fu proprio qui, dunque, che le esigenze efficientiste dei tecnici del diritto vennero a combaciare con le aspirazioni più idealistiche di riforma della società poc'anzi riferite, aprendo concretamente la strada alla costruzione dei nuovi paradigmi di giustizia alternativa¹⁹⁹.

Negli anni '70 del secolo scorso nacquero i primi enti di mediazione²⁰⁰, i *community mediation centers*, con il compito di risolvere le controversie minori, sia in materia civile che penale. Successivamente, con la creazione negli anni duemila del *Dispute Resolution Center*, si è inteso rafforzare ed istituzionalizzare maggiormente la mediazione e le *ADR*, favorendo l'accesso alla giustizia tramite un

Harvard. Sull'intervento di SANDER alla conferenza e sul contributo dell'Università di Harvard agli studi sulla mediazione si vedano: C. BESSO, *Lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie*, cit., pp. 7-10, Roger FISCHER, William URY e Bruce PATTON, *L'arte del negoziato* (1981), Casa editrice Corbaccio, Cles (TN), 2014 e Emanuele ARIELLI e Giovanni SCOTTO, *Conflitti e mediazione. Introduzione a una teoria generale*, Bruno Mondadori editore, Milano, 2003.

¹⁹⁹ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pp. 28-29.

²⁰⁰ In realtà, già agli inizi degli anni '60 si era diffuso un tipo di procedura di *ADR*, antesignano della mediazione negli Stati Uniti: i *Neighborhood Justice Centers* (questi, a loro volta si potrebbero ricondurre all'esperienza delle *small claims courts* dei primi decenni del XX secolo. Per un approfondimento sul punto si veda F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pag. 35). Nati su iniziativa delle comunità locali, per le controversie minori, i *Neighborhood Justice Centers* sono dei "fori" situati presso i luoghi di lavoro o presso i quartieri ad alta densità di popolazione, composti da membri laici della comunità, preventivamente addestrati e competenti a conoscere controversie bagatellari. Lo scopo è quello di tutelare i cittadini che lamentano la lesione di un diritto da parte di avversari più forti, professionalmente più preparati e con maggiori disponibilità economiche. Essendo nati per soddisfare l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale di *common people*, i *Neighborhood Justice Centers* sono facilmente accessibili, poco costosi e caratterizzati da una procedura assolutamente informale, nell'ambito della quale un terzo cerca di promuovere il raggiungimento di un accordo il più possibile vicino agli interessi delle parti, senza peraltro esprimere valutazioni sul suo contenuto (cfr. sul punto F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., pag. 103).

ente deputato a fornire diversi servizi di mediazione, negoziazione, arbitrato e forme ibride²⁰¹.

Sul piano dell'applicazione pratica possiamo constatare tre conseguenze principali:

1. il 70% delle dispute sottoposte a mediazione vengono risolte (“*settled*”, secondo la terminologia americana) senza la necessità di arrivare alla sentenza²⁰²;
2. il fenomeno del cosiddetto *vanishing trial*, espressione traducibile come “processo che svanisce”, a testimonianza del fatto che il processo ordinario (*trial*) come mezzo di risoluzione delle controversie lascia sempre più spazio alle metodiche alternative, rappresentando in alcuni settori un'opzione secondaria, se non l'*extrema ratio*, per far valere i propri diritti²⁰³;
3. nelle facoltà di legge americane viene dato molto più spazio alle tecniche di negoziazione e di comunicazione, ritenute un bagaglio culturale indispensabile per il mediatore e per il giurista moderno²⁰⁴.

Va detto che l'ordinamento statunitense non solo è stato il primo a far sviluppare al proprio interno i metodi alternativi di risoluzione delle controversie, ma è anche quello che ha sperimentato maggiormente il pericolo di iniquità di cui possono macchiarsi dette procedure. Infatti, il dibattito sulla mediazione ha visto levarsi voci critiche, soprattutto nel corso degli anni '90, perché la diffusione dell'istituto in parola, priva di un controllo pubblico, poteva causare sovente la violazione del principio di uguaglianza, sfavorendo il contraente con minore potere di contrattazione e perciò debole, accentuando le differenze sociali ed economiche. È per questo motivo che è stato intrapreso un doppio percorso: anzitutto si è investito nella formazione di soggetti competenti a gestire i conflitti ed a dirigere negoziazioni nel rispetto del principio dell'imparzialità e della terzietà. Inoltre, il sistema americano ha visto progressivamente affermarsi le cosiddette *court annexed*

²⁰¹ Cfr., in termini, A. MAIETTA, *Op. cit.*, pag. 261.

²⁰² Il dato che emerge come risultato di studi americani accreditati è riportato *ivi*, pag. 262-263.

²⁰³ Cfr., in termini, *ibidem*.

²⁰⁴ Cfr. *ibidem*.

*procedures*²⁰⁵, ovvero procedure svolte nell'ambito dei tribunali e guidate da giudici del medesimo tribunale o da avvocati e caratterizzate da maggiore informalità e negoziabilità rispetto al processo. All'interno di queste procedure troviamo la *court annexed mediation*, una mediazione che possiamo chiamare giudiziale, svolgendosi di fronte ad un soggetto esperto di diritto e per sua natura terzo ed imparziale, che mira efficacemente a sfavorire le possibili situazioni di iniquità poc'anzi dette. Inoltre, la *court annexed mediation* che può essere ordinata dal giudice o scelta dalle parti è generalmente vista con favore dai cittadini e dal legislatore, perché avvertita come emanazione diretta degli organi del sistema giudiziario americano e per questo più equa ed affidabile.

Bisogna anche dire che il procedimento giurisdizionale americano favorisce di per sé gli accordi transattivi in quanto è prevista una prima fase detta *pre-trial conference* in cui le parti procedono alla cosiddetta *discovery*, si scambiano, cioè, le informazioni sulle rispettive prove: è intuibile che ciò, costringendo le parti a mostrare le carte in tavola, può facilitare il raggiungimento di un accordo. Infatti, conoscere prima del processo la valutazione di un esperto sulla questione di fatto che divide le parti e, più in generale, disporre prima di avviare il giudizio dell'esito di una prova determinante o comunque rilevante per la decisione consente alle parti di riflettere a ragion veduta sull'opportunità di iniziare il processo a cognizione piena, di rinunciare a pretese o a difese poco dimostrabili, o a concordare soluzioni transattive più realistiche alla luce dell'esito della prova preventiva²⁰⁶. Ecco perché la *mediation* si va a collocare proprio verso la parte conclusiva della *discovery*²⁰⁷.

Un ulteriore elemento del processo americano che favorisce “naturalmente” la mediazione è il fatto che il giudice assegnatario del caso (*district judge*) e il giudice che si occupa della fase preliminare (*pre-trial*) che è chiamato a condurre la mediazione giudiziale (*magistrate judge*) sono solitamente soggetti diversi, il che

²⁰⁵ Fanno parte delle *court annexed procedures*, oltre alla *court annexed mediation* (v. *infra*), anche la *court annexed arbitration*, l'*early neutral evaluation*, il *summary jury trial* e il *mini-trial*. Per un approfondimento su quest'ultime si veda F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., pp. 103-109.

²⁰⁶ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pag. 130.

²⁰⁷ Cfr. Carlo Alberto CALCAGNO, *ADR nel Nord degli Stati Uniti ed adempimenti degli avvocati neutri e degli accompagnatori alle procedure*, s.d., pag. 8, reperibile sul sito internet: <https://mediaresenzaconfini.files.wordpress.com/2012/10/adr-nel-nord-adr-stati-uniti-e-neutri.pdf> (consultato il 29 agosto 2015).

impedisce contaminazioni fra la fase della mediazione e quella del giudizio e consente di evitare il rischio, per le parti che si espongono molto, di trovarsi penalizzate nella successiva ed eventuale fase contenziosa²⁰⁸.

A questo tipo di mediazione giudiziale, che potremmo definire “pubblica”, continua ad accostarsi l'altra tipologia, quella privata e cioè guidata da soggetti privati professionalizzati, che risulta essere sempre di gran lunga prevalente nella prassi.

Oltre all'assenza di un controllo pubblico della procedura, gli altri punti critici della legislazione statunitense riguardano la riservatezza e l'assenza di una revisione dell'esito della procedura stessa.

Per quanto riguarda la riservatezza e in particolare l'obbligo imposto al mediatore di non testimoniare in un successivo giudizio su quanto appreso da una o da entrambe le parti in sede di mediazione, nonché di tenerne nota, è stato sottolineato in dottrina come tale caratteristica contribuisca, insieme a quella della privatezza dell'istituto, a pregiudicare la posizione della parte più debole che non potrà, con ogni probabilità, difendersi adeguatamente in un successivo eventuale processo che concerna la questione precedentemente sottoposta a mediazione. Inoltre è stato rilevato che la confidenzialità della mediazione indebolisce la tutela rispetto alla responsabilità del mediatore, perché l'assenza di atti scritti rende difficile la prova di condotte lesive, mentre l'assenza di forme di controllo generale sull'esito della procedura rende praticamente insindacabile il contenuto degli accordi di mediazione²⁰⁹.

Prima di analizzare come la legislazione americana abbia disciplinato l'istituto e cercato di far fronte alle criticità appena descritte, si deve premettere un chiarimento sul complesso delle norme e su un sistema articolato in fonti di vario livello che costituiscono lo statuto della mediazione. Il funzionamento della stessa, infatti, è disciplinato dalla legislazione Federale, dalle legislazioni dei vari Stati, dai regolamenti delle corti e dalle prassi contrattuali delle imprese.

²⁰⁸ Cfr. *ivi*, pag. 10.

²⁰⁹ Cfr., in termini, A. MAIETTA, *Op. cit.*, pp. 264-265.

Gli interventi più rilevanti provenienti dal livello federale sono gli emendamenti del 1983 e del 1993 apportati alla *Rule 16* delle *Federal Rules of Civil Procedure*²¹⁰, il *Civil Justice Reform Act* del 1990 che intendeva valorizzare ed ampliare l'utilizzo delle ADR, l'*Alternative Dispute Resolution Act (ADRA)* del 1998 e l'*Uniform Mediation Act*²¹¹ del 2001, una proposta di legge uniforme elaborata da un'apposita commissione di esperti che contiene disposizioni generali in tema di mediazione ma priva di efficacia diretta nei singoli Stati membri che possono scegliere di adottarla o meno. Infatti, come vedremo meglio successivamente, il livello più importante per l'efficace introduzione della mediazione negli U.S.A. passa più per la legislazione statale che per quella federale. Nell'*Uniform Mediation Act* si riscontrano comunque importanti misure volte a disciplinare alcuni degli aspetti più controversi dell'istituto stesso, primo fra tutti la riservatezza. Questa, infatti, è garantita da specifici obblighi posti in capo ai soggetti giuridici protagonisti nel procedimento di mediazione, tuttavia, secondo la lettera c) del capo V di detta legge, per fatti di rilievo penalistico o per chi, servendosi della mediazione, tenti di nascondere un reato o un'attività criminosa in corso, è precluso l'obbligo della riservatezza. La segretezza e la confidenzialità della mediazione sono dunque garantite in linea generale, a meno che non ricorrano interessi pubblici prevalenti o che la volontà delle parti ne consenta la deroga²¹².

Per quanto riguarda l'obbligo delle parti a tentare la conciliazione, la citata *rule 16* consente al giudice di sanzionare la parte che non abbia voluto partecipare al tentativo oltre che di tenere conto di tale comportamento ai fini della decisione sulle spese. Il giudice americano può dunque effettivamente costringere le parti a tentare la conciliazione e punire la parte che a tale obbligo si sottragga ma non potrà mai costringere le stesse a conciliare. Inoltre la portata di questa norma deve commisurarsi all'applicazione che i singoli Stati ne hanno fatto nei propri ordinamenti nazionali.

Sempre al livello della legislazione federale, alcune norme racchiuse nell'*US Code* prevedono una tipologia specifica di ricorso obbligatorio alla mediazione. Si

²¹⁰ Cfr. F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., pag. 97.

²¹¹ Il testo dell'*Uniform Mediation Act* è reperibile sul sito internet:
<http://mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm> (consultato il 20 agosto 2015).

²¹² Cfr., in termini, A. MAIETTA, *Op. cit.*, pp. 266-269.

tratta di un'imposizione che vige solo per alcuni tipi di controversie riguardanti enti pubblici, come ad esempio, quelle riguardanti la contrattazione collettiva tra *managers* e dipendenti del servizio postale federale: la parte che voglia terminare o modificare l'accordo contrattuale prima della sua scadenza, incontrando l'opposizione dell'altra parte, deve notificare al *Federal Mediation and Conciliation Service* (un organismo pubblico con il compito di svolgere attività di mediazione) l'esistenza della disputa entro quarantacinque giorni dalla notifica della proposta di modifica o cessazione alla controparte. Dopodiché viene lasciato alla negoziazione delle parti un lasso di tempo che arriva fino alla data della cessazione del contratto o alla data indicata nella proposta di modifica. Se non sopraggiunge un accordo viene nominato un mediatore e, se le parti non riescono ancora a conciliare entro sessanta giorni dall'inizio della procedura, si procede con la nomina di un collegio arbitrale avente il compito di adottare decisioni vincolanti (*binding arbitration*). La particolarità di questo tipo di procedura, dunque, consiste nel fatto che nella fase antecedente la mediazione obbligatoria si lascia alle parti la possibilità di giungere autonomamente ad una transazione, successivamente, in caso di mancata composizione della controversia, alla mediazione segue l'arbitrato obbligatorio, secondo una sequenza progressiva di strumenti di risoluzione alternativi delle controversie che è prevista anche in altre materie.

Sebbene la maggioranza degli Stati abbia adottato l'*Uniform Mediation Act*, l'introduzione e la regolazione dettagliata dell'istituto è lasciata alle singole legislazioni statali, è da loro, quindi, che dipende il successo o meno dell'istituto.

Nei singoli Stati della Federazione la mediazione è variamente regolata, essendone in alcuni casi prevista l'obbligatorietà, in altri la facoltatività, in altri ancora la coesistenza delle due tipologie. Si forniscono di seguito dei cenni sommari di legislazioni che riguardano alcuni Stati della Federazione:

- in Arizona la mediazione è esclusivamente facoltativa e troviamo nella legislazione un *favor* generale per la *court annexed mediation*, dunque per la mediazione condotta dal giudice all'interno della corte;
- anche in California è prevista una mediazione facoltativa che, tuttavia, diviene obbligatoria qualora sia disposta dal giudice, per le controversie

inferiori a cinquantamila dollari oppure per le controversie tra imprenditori e lavoratori agricoli. In quest'ultimo caso la procedura è prevista dal contratto collettivo di lavoro e ha una durata non superiore a trenta giorni, prorogabili di altri trenta. È prevista inoltre, per ciascuna delle parti, la facoltà di presentare apposita istanza al Ministero (*Board*), nel caso in cui il verbale di mediazione sia stato frutto di corruzione o vi sia stata prova di condotta fraudolenta o professionalmente scorretta da parte del mediatore: in questi casi il Ministero annulla il verbale e ordina alle parti la scelta di un nuovo mediatore;

- in Florida, allo stesso modo, ci sono fattispecie di mediazione obbligatoria riguardanti la materia relativa all'utilizzo di fondi rurali. Qui, però, l'elemento dell'obbligatorietà si manifesta in altro modo, cioè tramite un forte disincentivo alla parte che non partecipa alla mediazione: chi non opta per tale scelta, infatti, non può ripetere le spese legali sostenute, anche se prevale nel successivo giudizio;
- in Texas troviamo una particolare configurazione della mediazione, che si distingue dal resto del Paese. Se abbiamo messo in luce un dualismo tra l'attività di mediazione svolta da organismi privati, più praticata ma più rischiosa sul piano dei diritti e la mediazione giudiziale (*court annexed mediation*), questo Stato, nel demandare alle singole corti la facoltà di istituire sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, prevede che queste si possano avvalere, per svolgere l'attività di mediazione, della collaborazione di enti privati *no profit* o aziende pubbliche, integrando, quindi, i due modelli di amministrazione del servizio.

Un ruolo chiave, infine, è svolto nella realtà americana dai *mediation programs* e dai *company programs*. I primi, emanati in attuazione del *Civil Justice Reform Act*, si profilano come autoregolamenti delle corti che disciplinano essenzialmente il procedimento di mediazione (*court annexed procedure*) e le altre ADR presso le stesse. Ciò mette in luce una certa libertà ed autonomia che le varie corti possono assumere nei confronti degli istituti di ADR: ogni corte distrettuale, infatti, designa un dipendente o un ufficiale giudiziario che sia esperto di pratiche e di processi di risoluzione alternativa delle controversie perché implementi, gestisca, monitori e

valuti l'applicazione dell'istituto così come prevista dal programma che si è data la Corte²¹³.

I *company programs* sono degli insiemi di regole fissate dalle singole imprese per inserire nei contratti da loro stipulati misure volte ad escludere il ricorso alla giurisdizione ordinaria per le eventuali controversie scaturenti dallo stesso rapporto contrattuale. Per esempio, nei contratti di lavoro sono sempre più spesso inserite esplicite clausole che stabiliscono la composizione delle dispute tramite *ADR*.

La soluzione americana, possiamo dire conclusivamente, è sicuramente quella che meglio valorizza le *ADR* rispetto al processo e consente una semplificazione e decongestione della giustizia. Come è stato messo in evidenza, laddove la legislazione statunitense ha deciso di promuovere il ricorso alle *ADR*, lo ha fatto in maniera netta, imponendo il ricorso a procedure vincolanti, in funzione sostitutiva del processo²¹⁴. Questo testimonia il largo impiego della mediazione negli Stati Uniti anche come strumento “normativo”, volto a sbloccare trattative in corso, favorire la stipulazione di contratti collettivi²¹⁵ ed incidere e stimolare così concretamente il piano economico e sociale.

4. Considerazioni.

Il panorama che ci deriva da questa “carrellata” di esperienze applicative della mediazione è variegato così come variegati sono i risultati ottenuti nei vari ordinamenti. Gli sforzi effettuati dal legislatore, dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei Paesi dell'Europa continentale sono stati certamente maggiori rispetto a quelli effettuati in Paesi come gli Stati Uniti, in cui l'applicazione dell'istituto è risultata fin da subito più congeniale e adatta al sistema. Ciò non ha tuttavia scoraggiato i paesi di *civil law*, nei quali si è voluta dare una grande fiducia all'istituto, anche se tal volta non si sono tenute in considerazione tutte le anime che fondano e costituiscono la

²¹³ Cfr. C. A. CALCAGNO, *Op. cit.*, pag. 5.

²¹⁴ Cfr. A. MAIETTA, *Op. cit.*, pag. 271.

²¹⁵ Cfr. *ivi*, pag. 273.

mediazione, perseguendo cioè in via principale, o esclusiva, le esigenze efficientiste del sistema, tralasciando di favorire quelle che sono le vere opportunità che l'istituto può concedere ai cittadini che se ne avvalgono: il perseguimento dei propri interessi e la conciliabilità di questi con quelli della controparte.

Il nodo della questione, e cioè un'efficace applicazione dell'istituto, comporta un passaggio epocale nel modo di concepire l'erogazione del "servizio giustizia". Nei Paesi di *Common law*, possiamo dire che questo passaggio è avvenuto, tanto che, se un tempo tali ordinamenti si caratterizzavano per il dualismo tra *law* ed *equity*, oggi si può affermare che tale dualismo veda protagoniste *law* e *mediation*, con quest'ultima che si basa sulla logica dell'interesse individuale più che sull'ideale di una giustizia naturale. Se la legge governa il processo, quindi, il pragmatismo e l'interesse delle parti caratterizzano la mediazione²¹⁶.

Sebbene non si possa fare un discorso unico per tutti i paesi di *civil law*, qui il problema più grande da risolvere è di tipo culturale: deve essere compreso, dai tecnici del diritto *in primis*, che la funzione deflattiva è solo una delle possibili funzioni che la *mediation* può assolvere all'interno di un sistema, potendo la sua utilità essere apprezzata, oltre che in termini quantitativi, anche, e soprattutto, in termini qualitativi. Uno dei principali vantaggi della mediazione (e della mediazione stragiudiziale in particolare), infatti, è proprio quello di migliorare la qualità del risultato, valendo l'intervento del mediatore (ed in particolare quello di un mediatore qualificato, specializzato e possibilmente controllato dall'ufficio giudiziario) a promuovere il raggiungimento di risultati più soddisfacenti rispetto a quelli che le parti potrebbero ottenere attraverso il processo, ma anche attraverso la mera negoziazione bilaterale²¹⁷. È dunque in questa prospettiva che devono spingersi gli interventi degli ordinamenti dell'Europa continentale: migliorare le condizioni di uscita anticipata del processo, favorendo soluzioni realmente volute e apprezzate dalle parti, anziché imposte da un giudice che non può discostarsi da quanto espressamente domandato dall'attore o semplicemente negoziate dalle parti, non può che essere avvertito da tutta la collettività come un miglioramento per la tenuta sociale e un contributo al bene comune.

²¹⁶ Osservazione tratta *ivi*, pag. 266.

²¹⁷ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *Op. cit.*, pag. 123.

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA A SEGUITO DELLE MODIFICHE INTRODOTTE DAL DECRETO LEGGE 21 GIUGNO 2013, N. 69, (C. D. “DECRETO DEL FARE”) CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 9 AGOSTO 2013, N. 98.

1. L'ambito di applicazione e i criteri che hanno guidato la scelta del legislatore. - 1.1 La mediazione delle controversie in materia di condominio. - 1.2 (*Segue*) In materia di diritti reali. - 1.3 (*Segue*) In materia di divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia. - 1.4 (*Segue*) In materia di locazione, comodato ed affitto di aziende. - 1.5 (*Segue*) In materia di risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria. - 1.6 (*Segue*) In materia di diffamazione con il mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità. - 1.7 (*Segue*) In materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi. - 2. Il nuovo concetto di obbligatorietà. - 2.1 L'obbligatorietà nella mediazione disposta dal giudice. - 2.2 L'obbligatorietà nella mediazione concordata. - 3. Profili controversi: il verificarsi della condizione di procedibilità. - 4. (*Segue*) La presenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione.

1. L'ambito di applicazione e i criteri che hanno guidato la scelta del legislatore.

La disciplina sulla mediazione obbligatoria, contenuta nella nuova versione del D.Lgs. del 4 marzo 2010, n. 28, all'articolo 5, comma I-*bis* prevede che: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto [...]». Come già accennato, nella versione precedente alla declaratoria di incostituzionalità figurava il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti ma con la nuova formulazione tale materia è stata espunta mentre è stata aggiunta quella concernente la responsabilità sanitaria. Tale aggiunta amplia l'ambito di applicazione della condizione di procedibilità a controversie nelle quali rilevi la condotta di strutture sanitarie e personale non necessariamente medico ma sanitario in senso lato e parasanitario.

L'elenco di materie qui riprodotto ha suscitato non poche perplessità e dubbi interpretativi da parte della dottrina e dell'Avvocatura. Dubbi che si riferiscono in particolare alla disomogeneità delle materie elencate al comma I-*bis* e all'incerta estensione dell'ambito di assoggettamento di tali materie alla disciplina in esame, con il rischio di un'espansione incontrollata.

Per cercare di far luce sui motivi di un'elencazione tanto eterogenea occorre guardare ai criteri-guida che il legislatore ha seguito nella scelta fatta. Nella Relazione illustrativa al D.Lgs. del 4 marzo 2010, n. 28 è lo stesso legislatore delegato che espone tre criteri seguiti:

1. «In primo luogo, si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia»²¹⁸. Rientrano in questa categoria le dispute aventi ad oggetto la materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato ed affitto d'azienda. In sintesi, dunque, sono state individuate quelle materie le cui controversie investono rapporti in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale o alla stessa area territoriale.
2. In secondo luogo, si sono prescelte alcune controversie in materia di risarcimento del danno, che traggono origine da rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale. Tali controversie appaiono più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale»²¹⁹. Tra queste controversie vi rientrano quelle in materia di responsabilità medica e sanitaria (tenendo fuori qualsiasi altra responsabilità professionale) e di responsabilità da diffamazione a mezzo stampa. Tra tutte le dispute in materia di risarcimento, quindi, solo queste sono state ritenute più

²¹⁸ Schema di D.Lgs. - Attuazione dell'art. 60 della L. 69/2009, in materia di mediazione civile e commerciale – Relazione, già citato.

²¹⁹ *Ibidem*.

facilmente conciliabili in ambito stragiudiziale e sarebbe interessante capire se questa constatazione sia emersa da dati empirici oppure da considerazioni teoriche ed ipotetiche.

3. «In terzo luogo, si sono individuate alcune tipologie contrattuali che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso»²²⁰. Si tratta, di conseguenza, delle dispute scaturenti da contratti assicurativi, bancari e finanziari.

In dottrina ci si è chiesti se tale elenco fosse da intendersi come tassativo o esemplificativo. Nel primo caso la condizione di procedibilità dovrebbe applicarsi solo ed esclusivamente alle materie indicate all'articolo 5, diversamente, se l'elenco fosse solo a titolo esemplificativo, sarebbe possibile ammettere ragionamenti per analogia, con un conseguente ampliamento delle materie da sottoporsi al previo esperimento di conciliazione a pena di improcedibilità. Un'eventualità, quest'ultima, che sarebbe da scongiurare soprattutto per non complicare la situazione alla parte istante e all'Avvocatura, che si troverebbe, ogni volta che deve promuovere un giudizio, a dover interpretare la norma facendo ricomprendere o meno la controversia che si vuole portare in giudizio nella disciplina dell'istituto. Con un'alta probabilità, poi, di trovarsi di fronte a mutevoli orientamenti interpretativi da parte del giudice, in merito a ciascuna singola ipotesi atipica e causando, quindi, un aggravio in termini di tempo.

Nonostante la dicitura della norma, che reca una formula ampia («controversie in materia di» e non «controversie di» con la conseguenza di farvi ricomprendere tutte le liti in qualche modo collegate al tipo di rapporto giuridico previsto²²¹) e il dichiarato intento deflattivo possano far intendere l'elencazione in senso estensivo, ragionevolmente, la giurisprudenza supporta invece l'orientamento dottrinario, che ritiene tassativo l'elenco, esprimendosi nei seguenti termini: «La minuziosa elencazione delle ipotesi riportate fa ritenere tassativo e non semplicemente

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Si veda sul punto l'ordinanza del Trib. di Palermo, sezione distaccata di Bagheria, 16 agosto 2011, citata in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pag. 250.

esemplificativo quell'elenco e tale tassatività impedisce qualsiasi interpretazione estensiva, ai sensi dell'articolo 12 delle preleggi»²²². Ed ancora: «Il suddetto elenco deve essere interpretato restrittivamente in quanto la conciliazione obbligatoria costituisce condizione per l'esercizio dell'azione giudiziaria altrimenti libero»²²³.

Un'ulteriore disomogeneità è rintracciabile anche nelle modalità con le quali tali controversie vengono individuate dalla legge: in alcuni casi il legislatore fa riferimento al tipo di rapporto giuridico che intercorre tra le parti (è il caso, ad esempio, della locazione e dei contratti bancari), in altri casi si fa riferimento al tipo di diritto oggetto della disputa (condominio e diritti reali) altre volte ancora si fa riferimento all'obiettivo delle parti (divisione) ed infine alla *causa petendi* (successioni ereditarie e risarcimento del danno)²²⁴.

Per riuscire a comprendere se l'oggetto della controversia per la quale si chiede la risoluzione sia compreso tra le fattispecie cui è imposto il tentativo di conciliazione, attività che, come detto, spetta dapprima alla parte (o meglio all'avvocato) e poi, eventualmente, al giudice, è necessario fare riferimento ai criteri offerti dalla disciplina giuridica ed in particolare dal diritto processuale civile.

Anzitutto si deve fare riferimento all'oggetto della pretesa della parte istante (*petitum*), inteso proprio come il bene che la parte vuole ottenere e che deve inserirsi nell'atto introduttivo (*editio actionis*) come prescritto dall'articolo 163, comma III, n. 3 del Codice di procedura civile. In questo senso, dal punto di vista del giudice che si trova a dover decidere sulla questione, è opportuno che egli abbia riguardo al contenuto sostanziale delle pretese, tralasciando, se necessario, di attenersi alla mera lettera degli atti nei quali dette domande risultino articolate. Oltre al *petitum* sarà necessario fare riferimento anche alla natura delle situazioni dedotte in controversia (*causa petendi*) quindi alla specifica lesione subita all'interno di una determinata situazione contingente. Infatti, è all'interno di questo contesto (cioè sul piano concreto) che va svolta l'indagine in ordine all'applicazione della disciplina della mediazione obbligatoria alla singola controversia²²⁵.

²²² Sentenza Trib. Cassino, 11 novembre 2001, citata in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pag. 206.

²²³ Ordinanza Trib. Pavia, 26-27 ottobre 2011, citata *ibidem*.

²²⁴ Cfr. F. P. LUISO, *Op. cit.*, pp. 66-67.

²²⁵ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 247-249.

Possiamo mettere in evidenza, quindi, che, se da un lato può essere più agevole ragionare dal punto di vista processuale, prendendo in considerazione l'oggetto delle domande delle parti (quando si parla, ad esempio, di responsabilità medica o sanitaria), dall'altro potrebbe risultare più appropriato fare riferimento al contenuto del rapporto sostanziale o negoziale intercorrente tra le stesse (quando si parla, ad esempio, di materia condominiale o di contratti bancari)²²⁶.

Considerato tutto ciò, possiamo aggiungere quanto è ritenuto da un'altra parte della dottrina, cioè che per comprendere se il rapporto giuridico dedotto sia o meno riconducibile nell'ambito delle materie per le quali il legislatore ha imposto la condizione di procedibilità bisogna guardare alla funzione economico-individuale, allo scopo pratico del negozio e agli interessi concreti che il contratto è diretto a realizzare. Infatti, ad un'aprioristica e rigida visione è preferibile una soluzione interpretativa mediana e caso per caso²²⁷.

Per quanto riguarda, poi, il contenuto della domanda, come è stato illustrato in dottrina²²⁸, il tentativo di conciliazione si rende necessario, per le controversie relative a rapporti giuridici quando:

- a) la domanda abbia ad oggetto in via immediata l'accertamento dell'esistenza o inesistenza, o la qualificazione del diritto o del rapporto fondamentale indicato dalla legge;
- b) la domanda abbia ad oggetto un effetto, che trova la sua *causa petendi* nel rapporto fondamentale, previsto dalla norma.

Diverso è il caso per le controversie in materia di diritti reali. In questi casi occorre fare alcune distinzioni escludendo dall'obbligo della mediazione:

- a) le controversie relative a contratti che abbiano ad oggetto diritti reali,
- b) le controversie aventi ad oggetto diritti in relazione ai quali è rilevante la titolarità di un diritto reale.

In entrambi i casi, infatti, il diritto reale non costituisce l'oggetto immediato del contendere.

²²⁶ Cfr. *ibidem*.

²²⁷ Cfr. *ibidem*.

²²⁸ Cfr. F. P. LUISO, *Op. cit.*, pp. 66-68.

Rientrano, invece, nell'ambito di applicazione del tentativo obbligatorio di conciliazione le controversie aventi ad oggetto diritti reali su beni mobili e quelle relative al possesso (ciò è desumibile da una lettura *a contrario* dell'articolo 5, comma IV del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28), estendendo, quindi, la categoria in oggetto anche a questo tipo di controversie²²⁹.

Passiamo a vedere nello specifico i singoli ambiti di applicazione della disciplina in parola.

1.1 La mediazione delle controversie in materia di condominio.

Le controversie in materia condominiale, come detto, sono considerate dal legislatore particolarmente idonee ad essere sottoposte ad un previo tentativo di conciliazione. Ciò perché le parti che vi si sottopongono non hanno solo l'interesse a pacificare la singola lite ma hanno anche un interesse a mantenere tra loro, oltre la definizione della singola controversia, un atteggiamento collaborativo richiesto dalla relazione di natura economica e sociale che è destinata a protrarsi nel tempo per il fatto stesso di trovarsi in un rapporto di condominio.

Quanto più il rapporto tra le parti è complesso e sfaccettato, quale è quello condominiale, tanto più facilmente un mediatore capace saprà indurre le parti a trovare una soluzione alla controversia insorta, guardando a una ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura. Ciò a differenza del giudice che invece risulta strettamente vincolato al principio della domanda come stabilito dall'articolo 112 del Codice di procedura civile.

Ciò che il legislatore indica con la denominazione “controversie in materia di condominio” può essere circoscritto recuperandone la definizione nel codice di rito. L'articolo 25 della Legge 11 dicembre 2012, n. 220, recante “Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici”²³⁰, introduce nelle disposizioni attuative e transitorie del Codice di procedura civile l'articolo 71-*quater* secondo il quale per

²²⁹ Cfr. *ibidem*.

²³⁰ Pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana del 17 dicembre 2012, n. 239.

controversie in materia di condominio si intendono quelle liti derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione delle disposizioni:

- del libro terzo, titolo VII, capo II del Codice civile (dall'articolo 1117 al 1138) recante la disciplina generale sul condominio degli edifici;
- degli articoli dal 61 al 72 delle disposizioni di attuazione del Codice civile andando a ricomprendere, quindi, anche le controversie in tema di delibere assembleari e relative impugnazioni, quelle relative all'amministratore condominiale nonché le liti in tema di riscossione dei contributi condominiali e di modifica alle tabelle condominiali.

Oltre alla complessità data dal tipo di rapporto tra le parti, la materia condominiale presuppone anche un altro motivo di complessità causato dal vasto numero delle parti potenzialmente in lite. In base al consolidato orientamento interpretativo, infatti, il rapporto di condominio non fa sorgere un soggetto dotato di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini, ma solo un ente collettivo di gestione, il quale opera nell'interesse ed in rappresentanza comune dei partecipanti, senza interferire nella titolarità dei diritti autonomi di ciascun condomino. Anche la Suprema Corte di cassazione ha rilevato che «il fatto che esista un organo rappresentativo dell'ente di gestione non impedisce al singolo condomino di agire personalmente, da solo o accanto all'amministratore, a tutela dei diritti esclusivi e comuni inerenti all'immobile»²³¹.

La questione più problematica al riguardo è rappresentata dal condominio come ente collettivo. Questo è rappresentato dall'amministratore condominiale il quale, tra le varie competenze, ha quella di rappresentare i membri dell'assemblea condominiale e agire in giudizio sia contro i condòmini, sia contro i terzi. Inoltre, può essere convenuto in giudizio per qualunque azione concernente le parti comuni dell'edificio²³².

Potendo agire in giudizio è chiaro che tale figura può prendere parte anche al procedimento di mediazione. Ciò è stato ulteriormente chiarito dal legislatore nello stesso articolo 71-*quater* citato nel quale, al comma III, si prevede che «al

²³¹ Cfr. Corte di cassazione, sez. civile, 9 giugno 2000, n. 7891, citata in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pag. 255.

²³² Cfr. articoli 1130 e 1131 del Codice civile.

procedimento [di mediazione] è legittimato a partecipare l'amministratore, previa delibera assembleare da assumere con la maggioranza di cui all'articolo 1136, secondo comma, del Codice». Quindi sussiste la legittimazione dell'amministratore a rappresentare il condominio in mediazione solo se in tal senso vi è una deliberazione approvata con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio. La stessa maggioranza è richiesta, in una seconda delibera, per l'approvazione della proposta di mediazione, a meno che l'amministratore non avesse ricevuto, nella delibera con la quale gli veniva conferita la legittimazione a rappresentare il condominio, anche dei poteri di decisione da adottarsi all'esito della mediazione. Il problema rimane aperto, tuttavia, in relazione all'eventualità di un'impugnazione della delibera e anche in relazione all'effettiva rappresentanza che un amministratore può avere in un procedimento di mediazione, in quanto non è scontato il fatto che la volontà di tutti i condomini (quindi ciò che rileva per la mediazione) possa risuonare univocamente nella persona dell'amministratore²³³.

La definizione delle controversie in materia di condominio dell'articolo 71-*quater* ci permette, inoltre, di circoscrivere questo tipo di controversie, coperte dall'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, rispetto alle controversie in materia di comunione. Sebbene la disciplina del condominio negli edifici disponga, per quanto non espressamente previsto, il rinvio alla disciplina generale sulla comunione, ferma restando la tassatività dell'elenco di cui all'articolo 5, comma I-*bis* del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, dobbiamo ritenere che le controversie in materia di comunione non siano gravate dall'incombente del previo esperimento di mediazione. Ciò rende necessaria la distinzione tra le due discipline che può essere agevolata facendo riferimento ai criteri interpretativi che la giurisprudenza di legittimità ha posto sul piano processuale. Infatti, al fine di comprendere se la singola controversia oggetto di analisi appartenga alla materia di condominio di edifici oppure di comunione è utile fare riferimento alla presenza o meno di un rapporto di accessorietà delle parti

²³³ Per un approfondimento sul punto e sulle criticità emerse si veda la relazione di Ghigo Giuseppe CIACCIA “*Criticità e peculiarità della mediazione di condominio. Poteri e facoltà dell'amministratore di condominio in relazione alla mediazione*”, tenuta al Convegno “*Compagnie assicurative in mediazione*” realizzato presso la Camera di Commercio di Lucca il 13 aprile 2012. Il video della relazione è reperibile sul sito internet: <https://www.youtube.com/watch?v=QzIwjle8Trw> (consultato il 10 ottobre 2015).

comuni con le singole proprietà individuali. Come ha enunciato la Suprema Corte di cassazione in una serie di pronunce²³⁴, se un bene in comune è destinato al servizio di altri beni di proprietà individuale, sui primi si instaura un diritto di condominio, con le esposte conseguenze di natura processuale collegate all'assoggettamento delle controversie alla disciplina della mediazione obbligatoria. Se, invece, i beni in comune sono suscettibili di un godimento autonomo rispetto ai beni individuali si tratterà di un rapporto di comunione, disciplinato agli articoli 1100-1116 del Codice civile le cui controversie non sono assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria.

Un'ultima novità, introdotta con l'articolo 71-*quater* citato, riguarda la competenza territoriale. Infatti, il comma II stabilisce che la competenza territoriale degli organismi di mediazione in merito alle controversie condominiali è quella della circoscrizione del tribunale nella quale il condominio è situato. Tale disposizione, dettata quando ancora il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 non prevedeva alcun criterio di competenza territoriale, si integra con il nuovo articolo 4, comma I del citato Decreto (così come modificato nel 2013) che identifica tale competenza con il "luogo del giudice territorialmente competente per la controversia". Tuttavia, mentre il legislatore del 2013 nulla ha previsto in caso di mancato rispetto di questo criterio di competenza, la riforma del 2012 in materia di condominio sanziona con l'inammissibilità le domande di mediazione presentate presso un organismo territorialmente incompetente²³⁵.

1.2 (Segue) In materia di diritti reali.

Tra le controversie scelte a motivo del fatto che il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo, vi rientrano anche quelle aventi ad oggetto diritti reali, ponendo in evidenza come tali diritti possano investire, in via generale, rapporti

²³⁴ Corte di cassazione, sezione civile, 3 ottobre 2003, n. 14791 e Corte di cassazione, sezione civile, 7 luglio 2000, n. 9096, citate in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 259-260.

²³⁵ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pag. 266.

in cui sono coinvolti soggetti appartenenti alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale o alla stessa area territoriale.

Anche in questo caso il procedimento di mediazione sembra avere, almeno in linea teorica, qualche marcia in più, permettendo alle parti di instaurare un dialogo, spesso impossibile in sede giudiziale, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare eventualmente ricorso al giudice, col vantaggio aggiuntivo di veder preservata la loro relazione.

La scelta operata dal legislatore, il quale non ha nascosto l'intento deflativo della norma, trova un riscontro anche sul piano applicativo. Infatti questo tipo di procedimento occupa un'importante fetta sul totale delle mediazioni svolte²³⁶.

Sebbene tale scelta sia stata espressa con chiarezza da parte del legislatore, vediamo alcuni profili di incertezza relativi a questo ambito di applicazione dell'istituto in esame.

Per quanto riguarda la proprietà, diritto reale assoluto *in re propria*, non v'è dubbio che il previo esperimento di conciliazione si estenda ad ogni forma di diritto di proprietà ivi compresa la proprietà fondiaria (articoli 840 e seguenti del Codice civile), la proprietà edilizia (articoli 869 e seguenti), nonché quella agraria, rurale, industriale e quella relativa ad opere di ingegno. Facendo riferimento alla disciplina codicistica di questa materia, si possono certamente includere anche i casi di controversie in materia di immissioni di cui all'articolo 844 del Codice civile.

Sono invece da escludere le dispute relative all'espropriazione e all'indennizzo. Benché tali vicende siano racchiuse fra le disposizioni generali sulla proprietà (articolo 834 del Codice civile), emergono profili problematici in ordine alla compatibilità della mediazione con riferimento a controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione, in quanto nella procedura di esproprio la pubblica amministrazione procedente non si trova sul medesimo piano di parità col privato, come invece avviene in materia contrattuale²³⁷.

²³⁶ Cfr. *ivi*, pag. 273 per il dato statistico con proiezione nazionale realizzato dal Ministero della Giustizia (Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi, Direzione generale di Statistica) secondo il quale su 60810 procedimenti di mediazione iscritti, quelli concernenti la materia dei diritti reali corrispondono quasi al 20%.

²³⁷ Cfr. *ivi*, pag. 276.

Un'ulteriore circoscrizione dell'ambito di applicabilità del tentativo di conciliazione obbligatorio in questa materia avviene facendo riferimento al *petitum* sostanziale della domanda. Si deve, infatti, concludere che rimangono fuori dall'incombente della mediazione obbligatoria le azioni in cui l'attore non mira ad ottenere il riconoscimento del diritto reale ma solo ad ottenere la riconsegna del bene stesso, come ad esempio le azioni di restituzione e quelle possessorie; quest'ultime, peraltro, già esplicitamente escluse nella loro fase sommaria all'articolo 5, comma IV, lettera d) del D.Lgs. n. 28 del 2010.

Un aspetto sul quale a lungo si è dibattuto riguarda le dispute relative all'usucapione. Questo modo di acquisto della proprietà, a titolo originario, è disciplinato all'interno delle stesse norme codicistiche in materia di proprietà, con la conseguenza logica che le relative controversie dovrebbero rientrare nell'alveo applicativo della disciplina della mediazione obbligatoria (insieme a quelle relative a tutti gli altri modi di acquisto della proprietà).

In seguito al varo della normativa del 2010, tuttavia, sono emerse parecchie perplessità in riferimento alla trascrivibilità del verbale di conciliazione scaturito da un procedimento di mediazione relativo ad una disputa per usucapione. L'articolo 11 del D.Lgs. n. 28 del 2010, infatti, prevede la trascrivibilità del verbale di conciliazione nei registri immobiliari ogni volta che la mediazione si risolva in un accordo coincidente con uno degli atti previsti all'articolo 2643 del Codice civile (che elenca gli atti soggetti a trascrizione)²³⁸. In questo elenco, fino al 2013, non comparivano gli accordi di conciliazione accertanti l'usucapione.

Una prima giurisprudenza di merito²³⁹ aveva affermato che un accordo di questo tipo «non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo, ma assume al contrario il valore di un mero negozio di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva, finalizzato a rimuovere l'incertezza, mediante la fissazione del contenuto della situazione giuridica preesistente»²⁴⁰, concludendo che «il verbale di conciliazione in esame, non essendo riconducibile ad una delle ipotesi di cui

²³⁸ Cfr. *ivi*, pp. 281-282.

²³⁹ Tribunale di Roma, sentenza 22 luglio 2011, Tribunale di Catania, sentenza 1 marzo 2012 e Tribunale di Varese, sentenza 20 dicembre 2011, citate *ibidem*.

²⁴⁰ Tribunale di Roma, sentenza 22 luglio 2011.

all'articolo 2643 del Codice civile, non può in forza di detta norma essere trascritto»²⁴¹.

Inoltre, rincarando la dose, «pur ammettendo l'atto ricognitivo, si tratterebbe di una strada che non realizza comunque il risultato della sentenza»²⁴², difatti, «trattandosi di un negozio delle parti, esso resterebbe sempre impugnabile anche dai terzi con gli strumenti offerti dall'ordinamento per tutelare il soggetto che si ritenga leso nelle garanzie ad esempio per un congegno simulatorio posto in essere ai suoi danni»²⁴³.

In questa prima fase della riflessione giurisprudenziale, dunque, non potendo il verbale di conciliazione offrire all'attore un risultato equivalente a quello della sentenza, si decise di escludere dall'ambito di applicazione della mediazione obbligatoria le controversie aventi ad oggetto l'azione giudiziale per la declaratoria di usucapione.

Dello stesso avviso era anche la dottrina: consentendo all'attore di diventare proprietario del bene immobile a titolo originario (con effetto *ex tunc*) e non derivativo, costui avrebbe potuto conseguire il risultato del cancellare il rischio di ogni azione da parte di creditori o terzi che vantino diritti verso il convenuto²⁴⁴.

Inoltre si è sostenuto che la via della mediazione non sarebbe praticabile in quanto il controverso diritto di proprietà in questo caso, non sarebbe un diritto disponibile e dunque non si riterrebbe soddisfatto il presupposto di cui all'articolo 2 del D.Lgs. n. 28 del 2010, che impone come condizione irrinunciabile al procedimento di mediazione la disponibilità del diritto controverso²⁴⁵.

Un secondo orientamento giurisprudenziale invece, senza mettere in discussione la non trascrivibilità del verbale di conciliazione attestante la declaratoria di usucapione, ha negato che tale caratteristica possa precludere l'accesso alla mediazione ed escludere, quindi, questo tipo di controversie dall'ambito di

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Tribunale di Varese, sentenza 20 dicembre 2011.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Cfr. Giuseppe BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. di merito*, fasc. 10, 2011, pp. 2346 e seguenti.

²⁴⁵ Cfr. Roberto MASONI, *Mediazione e processo: rassegna della prima giurisprudenza edita*, in *Giur. di merito*, fasc. 5, 2012, pp. 1085 e seguenti.

applicazione della mediazione obbligatoria. Infatti, dato che «il procedimento di mediazione tende a far trovare un accordo che impedisca il sorgere del contenzioso giudiziario, senza che necessariamente tale accordo debba coincidere con il contenuto della pronuncia giudiziaria richiesta da parte attrice, l'accordo in sede di mediazione sulla domanda di usucapione può essere configurato in mille forme, tutte idonee a far venire meno la lite (ad esempio trasferimento della proprietà del bene con acquisto a titolo derivativo o rinuncia alla domanda di acquisto della proprietà per usucapione a fronte del pagamento di una somma di denaro)»²⁴⁶. Pertanto, «l'assenza, in relazione al procedimento di mediazione, del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato comporta che una controversia che entra in mediazione come domanda di usucapione può uscirne mediata in un'altra forma»²⁴⁷.

Quindi, secondo questa interpretazione, la mediazione non risulta inutile ed evitabile per la sola circostanza che l'eventuale verbale di accordo non appaia trascrivibile.

In seguito, con le successive modifiche all'istituto della mediazione obbligatoria ed in particolare con l'articolo 84-*bis*, comma I del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, il legislatore ha disposto l'introduzione del numero 12-*bis*) all'articolo 2643, comma I del Codice civile, con il quale sono stati esplicitamente inseriti nell'elencazione degli atti soggetti a trascrizione anche «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

In questo modo, dunque, il legislatore ha tentato di porre fine al questionare sull'opportunità o meno di conciliare questo tipo di controversie e sulla non trascrivibilità degli accordi che ne deriverebbero. Tolto ogni dubbio interpretativo, quindi, e considerata l'introduzione, quale garanzia per l'ordinamento, dell'autenticazione del pubblico ufficiale, si tratterà adesso di vedere se possa realmente concretizzarsi il conclamato rischio di un comportamento dissimulatorio ai

²⁴⁶ Tribunale di Palermo, sentenza 10 gennaio 2012, citata in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pag. 285.

²⁴⁷ *Ibidem*.

danni di terzi compiuto con un utilizzo dell'istituto della mediazione e della trascrizione non finalizzato alla composizione di una lite effettiva ma alla conclusione di operazioni negoziali.

1.3 (Segue) In materia di divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia.

Fra le materie scelte dal legislatore da ricomprendere nell'ambito di applicazione dell'istituto della mediazione obbligatoria, la divisione, le successioni ereditarie e i patti di famiglia rientrano certamente a pieno titolo in quella categoria scelta seguendo il criterio, enunciato dal legislatore stesso, di voler individuare le situazioni giuridiche in cui il rapporto tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo. Ciò è particolarmente evidente nella maggior parte dei casi appena enunciati in quanto le parti in lite sono legate addirittura da un vincolo di parentela.

Per quanto riguarda la materia di divisione, si prende a riferimento la disciplina contenuta nel titolo IV del libro secondo del Codice civile dedicato alle successioni (articoli 713 e seguenti), facendovi quindi ricomprendere, oltre alla divisione ereditaria, anche le controversie in tema di collazione (di cui all'articolo 737), pagamento dei debiti e ripartizione dei debiti ereditari tra gli eredi (articoli 752 e seguenti).

La divisione ereditaria, quando avviene in sede giudiziale, presuppone il litisconsorzio necessario di tutti i coeredi, perciò la domanda deve essere proposta nei confronti di tutti gli eredi del *de cuius*. Da ciò consegue che ciascun litisconsorte deve essere chiamato anche nella fase di mediazione²⁴⁸.

Tuttavia, si è osservata “una radicale differenza rispetto al percorso giudiziale nel quale il provvedimento del giudice risulterebbe *inutiliter datum* in mancanza di tutte le parti del rapporto litisconsortile. Non è infatti da escludere che un eventuale accordo possa comunque verificarsi e ciò per la molteplicità delle soluzioni negoziali

²⁴⁸ Cfr. Luigi VIOLA, *La domanda di mediazione deve essere simmetrica a quella giudiziale*, articolo pubblicato il 20 marzo 2012 e reperibile sul sito internet: http://www.altalex.com/documents/news/2012/03/30/la-domanda-di-mediazione-deve-essere-simmetrica-a-quella-giudiziale#_ftn8 (consultato il 26 settembre 2015).

che le parti presenti potrebbero liberamente e con reciproca soddisfazione raggiungere con accordi del più disparato contenuto, pur non vincolanti per le parti assenti ma ad esse aperti. Naturalmente tale maggiore ampiezza dell'autonomia negoziale trova un limite nei diritti dei terzi assenti»²⁴⁹.

Ci si è chiesti se all'interno di questa materia sia da ricomprendere anche lo scioglimento della comunione, sottoponendolo così all'incombente della mediazione obbligatoria. Se, da un lato, lo scioglimento della comunione non fa parte dell'ambito delle successioni e, difatti, trova la sua disciplina nel libro terzo del Codice civile (titolo VII, capo I, articoli 1111 e seguenti), dall'altro lato dobbiamo constatare che è la disciplina stessa a disporre un rinvio, per quanto non previsto, alle norme sulla divisione ereditaria prevedendo all'articolo 1116 che «alla divisione delle cose comuni si applicano le norme sulla divisione dell'eredità, in quanto non siano in contrasto con quelle sopra definite». Proprio per questo la giurisprudenza di merito, pronunciata al riguardo, ha ritenuto applicabile alle controversie in materia di scioglimento della comunione la disciplina della mediazione obbligatoria; in particolare, il Tribunale di Prato ha rilevato che il legislatore delegato del 2010 espressamente prevede, quale condizione di procedibilità dell'azione intrapresa, l'esperimento del procedimento di mediazione civile nelle materie elencate dall'articolo 5, comma I del D.Lgs. n. 28 del 2010, «ivi includendovi anche i giudizi di scioglimento della comunione (*rectius* “divisione”)»²⁵⁰.

Per quanto riguarda la materia delle successioni ereditarie e dei patti di famiglia va precisato che il previo esperimento del procedimento di mediazione investe anche la disciplina degli istituti del legato, dei patti successori, della rappresentanza, dell'accrescimento, della sostituzione e dell'accettazione dell'eredità. Il fatto che il legislatore abbia parlato esplicitamente di patti di famiglia, istituto già inserito all'interno della disciplina delle successioni (capo V-bis, articoli

²⁴⁹ Massimo MORICONI, *Un primo bilancio di mediazione delegata presso la sezione distaccata di Ostia*, articolo pubblicato il 16 dicembre 2011 e reperibile sul sito internet: <http://www.mondoadr.it/cms/articoli/un-primo-bilancio-di-mediazione-delegata-presso-la-sezione-distaccata-di-ostia.html> (consultato il 26 settembre 2015). Sul punto si veda anche Carlo Alberto CALCAGNO, *La conciliazione ed i conflitti multi parte in materia di successione e divisione*, articolo pubblicato il 23 ottobre 2010 e reperibile sul sito internet: <http://www.filodiritto.com/articoli/2010/10/la-conciliazione-ed-i-conflitti-multi-parte-in-materia-di-successione-e-divisione/> (consultato il 26 settembre 2015).

²⁵⁰ Tribunale di Prato, 9 maggio 2011 citata in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pag. 292.

768-bis – 768-octies c.c., introdotto con l'articolo 2 della L. 14 febbraio 2006, n. 55)²⁵¹, significa, *in primis*, aver ribadito quanto già previsto dall'articolo 768-octies, cioè che «le controversie derivanti dalle disposizioni di cui al presente capo sono devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall'articolo 38 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n.5», ed *in secundis*, aver chiarito che tale devoluzione è obbligatoria e sottoposta alla disciplina del D.Lgs. n. 28 del 2010.

1.4 (Segue) In materia di locazione, comodato ed affitto di aziende.

Anche nel caso delle controversie in materia di locazione, comodato ed affitto di aziende, trattandosi di contratti dalla durata spesso pluriennale, il rapporto sussistente tra le parti è destinato a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola lite. Inoltre, in questo tipo di rapporti, la controversia si situa in un più vasto contesto relazionale nel quale sussisterebbe un interesse di natura economica o sociale a mantenere in vita il contratto resolvendo la disputa. Per questi motivi il procedimento di mediazione, volto a «preservare la relazione che le parti avevano prima della controversia»²⁵² e rivolgendosi ad una «ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura»²⁵³, sembra attagliarsi alle esigenze sostanziali frequentemente sottese ad una lite in queste materie.

Dal punto di vista processuale occorre precisare che l'articolo 70 della Legge 26 novembre 1990, n. 353 ha inserito nel codice di rito l'articolo 447-bis, collocato nel libro II, titolo IV relativo alle controversie in materia di lavoro e rubricato «Norme applicabili alle controversie in materia di locazione, di comodato e di affitto». L'articolo 447-bis dispone, al comma I, che «le controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e quelle di affitto di aziende sono disciplinate dagli articoli 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, primo comma, 422,

²⁵¹ Appare opportuno ricordare che il patto di famiglia è un istituto di recente introduzione che consiste in un contratto con cui «compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti» (articolo 768-bis c.c.).

²⁵² Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011, già citata.

²⁵³ *Ibidem*.

423, primo e terzo comma, 424, 425, 426, 427, 428, 429, primo e secondo comma, 430, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, in quanto applicabili». Pertanto, a norma del richiamato articolo, le controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e quelle di affitto di aziende sono disciplinate, salvo alcune eccezioni, dalle norme dettate in tema di controversie individuali di lavoro.

Per quanto riguarda la locazione, sono ricomprese in questo ambito anche le controversie aventi ad oggetto²⁵⁴:

- beni mobili (articolo 1571 c.c.);
- la delibazione di validità di un contratto di locazione, che si assume essere stato stipulato (sia pure invalidamente);
- un rapporto ancora da costituire, ma di cui si invoca la costituzione ai sensi dell'articolo 2932 del Codice civile sulla base di un contratto preliminare²⁵⁵;
- rapporti locativi già risolti;
- rapporti locativi di fatto;
- la domanda di determinazione del corrispettivo dovuto dal conduttore in mora nella restituzione dell'immobile, ai sensi dell'articolo 1591 c.c.;
- il diritto di prelazione *ex* articolo 38, L. 27 luglio 1978, n. 392 recante “Disciplina delle locazioni di immobili urbani”;
- l'azione di riscatto di cui alla medesima L. n. 392 del 1978;
- la richiesta risarcitoria relativa ad un inadempimento ad un obbligo connesso al rapporto di locazione;
- l'accertamento, promosso da conduttore, dell'inalienabilità degli immobili condotti in locazione nel tempo occorrente per il decorso del termine assegnato per l'esercizio del diritto di prelazione di cui alla L. n. 662 del 1996;
- il pagamento di oneri accessori;

²⁵⁴ Cfr. con l'elencazione formulata da Giulio SPINA in AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 303-304.

²⁵⁵ In tal senso si veda Corte di cassazione, sezione civile, 16 gennaio 2003, n. 581, *ivi* citata.

- il pagamento dei canoni di locazione (anche con riferimento alla controversia instaurata nei confronti dei fideiussori per il pagamento di detti canoni).

Rimangono esclusi, oltre ai procedimenti per convalida di licenza o sfratto, sino al mutamento del rito, come previsto esplicitamente dal legislatore (articolo 5, comma IV, lettera b) del D.Lgs. n. 28 del 2010), anche le controversie scaturenti da contratti atipici aventi come causa (contrattuale) concreta la locazione. Questo perché la dizione della norma di riferimento non può essere interpretata in senso estensivo, altrimenti, come è stato fatto notare, notevoli sarebbero le ripercussioni cui una tale opzione interpretativa condurrebbe in termini di certezza della disciplina processuale da applicare al singolo caso in concreto, che, peraltro, varierebbe in funzione dei mutevoli orientamenti interpretativi in merito a ciascuna singola controversia²⁵⁶.

Per quanto riguarda il contratto di comodato (disciplinato agli articoli 1803 – 1812 c.c.), dobbiamo constatare che si tratta di una porzione non così rilevante rispetto agli altri ambiti e, difatti, anche le pronunce di merito relative a questi procedimenti di mediazione sono esigue. Si segnala solo l'ordinanza dell'1 settembre 2011 del Giudice di Pace di Catanzaro, il quale ha dichiarato l'applicabilità dell'istituto della mediazione obbligatoria non solo alle controversie in materia di comodato di cose immobili, confermando la disciplina accomunata alla locazione e all'affitto di aziende dall'articolo 477-*bis*, ma anche quando il bene concesso in comodato sia una cosa mobile²⁵⁷.

Infine, in riferimento alla materia dell'affitto di aziende, si registrano le perplessità del Consiglio nazionale forense il quale ha evidenziato come appaia illogica l'esclusione di talune ipotesi, come ad esempio la cessione d'azienda ove si contempla proprio l'affitto di aziende, rilevando che il catalogo delle controversie sottoposte alla disciplina della mediazione obbligatoria risulti troppo disomogeneo ed evidenziando, di contro, la necessità di selezionare le singole controversie da assoggettare alla disciplina della mediazione obbligatoria in base alla probabilità del risultato conciliativo. In effetti, l'affitto d'azienda non gode di una disciplina civilistica *ad hoc* e il Codice civile dispone solo (all'articolo 2562) che all'affitto di

²⁵⁶ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 302-303.

²⁵⁷ Cfr. *ivi*, pag. 309.

azienda si applicano le disposizioni dettate dall'articolo 2561 in materia di usufrutto dell'azienda²⁵⁸.

Per circoscrivere l'ambito di applicazione del tentativo di conciliazione obbligatorio, quindi, dobbiamo rifarci alle definizioni e descrizioni riguardanti l'istituto dell'affitto di azienda elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo evidenziato come ricorra l'affitto d'azienda quando oggetto del contratto sia il complesso unitario di tutti i beni, mobili ed immobili, materiali ed immateriali, concessi in godimento, in quanto organizzati unitariamente per la produzione di beni o servizi²⁵⁹. Anche se è opportuno precisare che ciò può riguardare sia l'intera azienda, sia un ramo di questa, purché si tratti di un complesso di beni idonei a costituire un'unità economico-produttiva a se stante²⁶⁰.

Infine si fa presente che, ai fini dell'applicabilità della mediazione obbligatoria, non rileva la differenza elaborata da dottrina e giurisprudenza tra affitto d'azienda e locazione di immobile ad uso non abitativo²⁶¹.

1.5 (Segue) In materia di risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria.

Affrontando l'ambito del risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria, una volta preso atto che il legislatore considera questo tipo di controversie, come espresso nella citata Relazione illustrativa, più facilmente mediabili e caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale, ci possiamo chiedere, come hanno fatto alcuni studiosi, perché con questa scelta si sia ricompresa solo tale tipologia di responsabilità professionale e non anche le altre. Ed ancora, perché questi rapporti sono considerati così

²⁵⁸ Cfr. *ivi*, pp. 310-311.

²⁵⁹ Cfr. Corte di cassazione n. 6572 del 7 novembre 1983, *ivi* citata.

²⁶⁰ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 310-311.

²⁶¹ Cfr. *ibidem*.

“particolarmente conflittuali” e per i quali il “terreno della composizione stragiudiziale” è ritenuto “particolarmente più fertile”? Probabilmente, potremmo dire, posto che l’intenzione del legislatore è quella di assoggettare alla mediazione obbligatoria una fetta non irrilevante del contenzioso ordinario, la scelta è ricaduta, fra le altre, su una porzione del contenzioso particolarmente conflittuale e caratterizzata anche da note difficoltà probatorie e quindi implicante lungaggini processuali (ad esempio accertamenti tecnici *ante causam* o in corso di causa). Inoltre la responsabilità medica non trova riferimenti normativi specifici all’interno né del Codice civile, né del Codice di procedura civile: essa, infatti, diversamente da quanto accade per le altre controversie per le quali si applica la disciplina della mediazione obbligatoria, non è collegata ad uno specifico istituto o ad una figura giuridica *ad hoc*. Di fatti, la responsabilità medica è stata di volta in volta qualificata come responsabilità aquiliana (*neminem laedere*), per la quale si fa riferimento alla norma cardine di cui all’articolo 2043 del Codice civile, o come derivante da inadempimento contrattuale (*culpa in non faciendo*) oppure, ancora, come connessa alla figura del contatto sociale qualificato, una tipologia di responsabilità che nasce dalla lettura combinata dell’articolo 1218 c.c. col disposto di cui all’articolo 1173 c.c., il quale prevede, come noto, che le obbligazioni possano nascere, oltre che da contratto e da fatto illecito, anche da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l’ordinamento giuridico²⁶².

Le numerose critiche suscitate dalla scelta del legislatore, effettivamente, non sono del tutto ingiustificate. Infatti, questo tipo di controversie sono caratterizzate da alcune peculiarità che non sembrano renderle un terreno così particolarmente fertile per la mediazione. In particolare si fa riferimento alle seguenti difficoltà pratiche riscontrabili in sede di mediazione:

- sproporzione tra le parti coinvolte: da un lato il paziente e/o i congiunti, e dall’altro il medico spesso insieme alla propria compagnia assicurativa e/o alla struttura sanitaria (ente ospedaliero), che avrà maggiore conoscenza e dimestichezza in merito al procedimento;
- il diritto controverso è un diritto costituzionalmente garantito²⁶³;

²⁶² Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 315-322.

²⁶³ Cfr. *ibidem*.

- per comprendere il quadro dei fatti dedotti durante l'incontro sono richieste specifiche competenze tecniche per le quali sarebbe utile avvalersi di un ausiliare secondo quanto previsto dall'articolo 8 del D.Lgs. n. 28 del 2010, ma comportando così un aggravio in termini di costi e tempi;
- il rapporto tra le parti si limita esclusivamente alla prestazione sanitaria effettuata ed eventualmente al risarcimento da rifondere. Sono generalmente inesistenti altri tipi di relazioni tra le parti che potrebbero costituire maggiori opportunità per la conclusione, attraverso reciproche concessioni, di un accordo transattivo.

Alla luce di queste difficoltà riscontrabili appare interessante accennare alle differenti e specifiche modalità con le quali questo tipo di controversie viene affrontato in altre Nazioni. In Francia, per esempio, già dal 2002 sono previste delle apposite commissioni regionali di conciliazione e d'indennizzo in caso di responsabilità medica²⁶⁴. In Germania, invece, già dagli anni '70 del secolo scorso, a causa di un aumento esponenziale del contenzioso giudiziario che si ripercuoteva a catena sul profilo assicurativo (in quanto le imprese aumentavano a dismisura le polizze mettendo in serie difficoltà i medici), sorsero degli organismi conciliativi stragiudiziali (*Gutachterkommissionen* e *Schlichtungsstellen*) costituiti da medici e giuristi e volti ad accertare l'eventuale negligenza del medico attraverso una tempestiva perizia. Queste commissioni distinguono la procedura in due fasi: la valutazione della condotta del medico (raccolgendo le dichiarazioni delle parti, il consenso informato, le cartelle cliniche e ogni altra documentazione utile alla luce del principio dell'accertamento d'ufficio) e la formulazione di una proposta conciliativa comunicata all'impresa assicuratrice, lasciando alle parti la libertà di aderirvi o meno²⁶⁵.

Il lavoro compiuto in Germania da questi organismi stragiudiziali è stato particolarmente soddisfacente in quanto nella maggior parte dei casi il paziente accetta il responso delle commissioni. Inoltre, dal punto di vista del paziente questa

²⁶⁴ Cfr. in termini, R. FAVALE e M. P. MANTOVANI, *Op. cit.*, pag. 326.

²⁶⁵ Cfr. *ivi*, pag. 331.

procedura risulta particolarmente idonea per la sua posizione giuridica in quanto è gratuita e non carica lo stesso degli oneri probatori²⁶⁶.

Lo sguardo ad un siffatto sistema conciliativo ci permette di mettere ancora più in luce le carenze presenti nel nostro ordinamento relativamente alle procedure stragiudiziali per questo tipo di controversie e, allo stesso tempo, può costituire per il nostro legislatore un'indicazione utile per affrontare con maggiore successo queste controversie, contribuendo così al progressivo radicamento di un modello culturale orientato ad incentivare forme di composizione negoziata dei conflitti e in grado di soddisfare le nuove esigenze giuridico-sociali.

1.6 (Segue) In materia di diffamazione con il mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità.

Oltre alla categoria affrontata nel paragrafo precedente, adottando lo stesso criterio, il legislatore delegato del 2010 ha previsto, e mantenuto in seguito, l'ambito delle controversie in materia di responsabilità da diffamazione con il mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità.

Anche in questo caso non è facile tratteggiare un filo unitario che accomuni le tipologie di controversie scelte dal legislatore, tanto che il Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia ha espresso più di una perplessità sul punto.

Anzitutto, occorre premettere che nel Codice civile è impossibile rintracciare una disposizione circa il risarcimento del danno da diffamazione con il mezzo stampa, pertanto la materia deve essere ricollegata a quella della responsabilità civile generale atipica e, in particolare, all'articolo 2043 c.c. il quale, come noto, dispone che «qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un fatto ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

²⁶⁶ Cfr. *ibidem*.

Quest'ambito risulta assai complesso anche per il fatto di toccare i rapporti tra profili civilistici e penalistici della condotta diffamatoria. La diffamazione, infatti, costituisce un reato ai sensi dell'articolo 595 del Codice penale.

Essa, inoltre, è oggetto di una costante evoluzione giurisprudenziale anche alla luce della possibilità di configurare la fattispecie diffamatoria non solo per mezzo della stampa tradizionale, ma anche con gli altri mezzi di pubblicità, ivi inclusi i volantini e le tipologie di comunicazione informatica, dunque, anche i contenuti diffusi in rete (siti *web*, *social network*, etc.)²⁶⁷.

Si consideri, poi, che, se la persona offesa da una presunta condotta diffamatoria è facilmente identificabile, non altrettanto facile è identificare i responsabili, ciò alla luce del rapporto tra autore materiale della dichiarazione diffamatoria (ad esempio il direttore, vice-direttore responsabile, editore, stampatore) ed il mezzo utilizzato (quotidiano, periodico, volantino, manifesto pubblicitario, sito *web*, etc.)²⁶⁸.

Per quanto riguarda il procedimento, occorre dapprima ricordare che la mediazione obbligatoria è esclusa per l'azione civile esercitata nel processo penale a norma dell'articolo 5, comma IV, lettera g) del D.Lgs. n. 28 del 2010 così come modificato dalle successive novelle. Al di fuori di questo caso, la mediazione di questo tipo di controversie è obbligatoria e richiede (più che in altre materie) particolari competenze giuridiche da parte del mediatore. Il sorgere della questione, infatti, cavalca spesso quella linea di demarcazione che separa il diritto di manifestare il proprio pensiero (quindi anche il diritto di critica e il diritto di cronaca) riconosciuto dalla Costituzione italiana all'articolo 21 e dalla Dichiarazione universale dei diritti umani all'articolo 19, ed il diritto di vedersi integra e tutelata la propria dignità morale e professionale. Tale linea di demarcazione è labile ed è stata soggetta nel tempo a numerose interpretazioni.

Sebbene la soluzione a questo tipo di controversie appaia solo in termini di risarcimento pecuniario, occorre precisare che anche nel procedimento giudiziario sono previste altre possibili soluzioni delle controversie in parola, in particolare si fa

²⁶⁷ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 328-329.

²⁶⁸ Cfr. *ibidem*.

riferimento agli strumenti di cui alla L. n. 47 del 1948, la quale, tra l'altro, prevede il diritto della persona offesa alla rettifica delle espressioni diffamatorie²⁶⁹.

Infine, bisogna considerare che la natura del danno risarcibile non comprende solo quello patrimoniale ma anche, come noto, quello di natura non patrimoniale, il che rende ancora più incerta la soluzione di tali controversie. Basti pensare che, secondo l'impostazione tradizionale la categoria del danno non patrimoniale si compone del danno morale (sofferenza morale soggettiva in sé considerata), danno biologico (degenerazione patologica) e danno esistenziale (pregiudizio risarcibile in presenza di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile)²⁷⁰.

1.7 (Segue) In materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi.

Seguendo l'elencazione fornita dal legislatore, affrontiamo ora l'ambito delle controversie che riguardano contratti bancari, finanziari e assicurativi. Lo stesso legislatore delegato del 2010, come accennato, nella Relazione illustrativa al Decreto in esame afferma che questo tipo di controversie «oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti e dunque necessità analoghe a quelle appena illustrate, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso. A ciò si aggiunga che il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto. Proprio per quest'ultima ragione, si è pensato di valorizzare sia il procedimento di conciliazione previsto dal Decreto legislativo 8 settembre 2007, n. 179, sia il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, facendoli assurgere – nelle materie di riferimento – a condizione di procedibilità

²⁶⁹ Cfr. *ivi*, pp. 330-333.

²⁷⁰ Cfr. *ibidem*.

alternativa rispetto a quella davanti agli organismi, sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già oggi adeguate garanzie di imparzialità e di efficienza»²⁷¹.

Insomma, come negli altri casi, anche per le controversie in materia di contratti bancari, finanziari e assicurativi la mediazione obbligatoria parrebbe rispondere a finalità di tipo deflattivo. Tuttavia, in questo tipo di rapporti emerge l'esigenza del cliente non soltanto di vedersi riconoscere competenze negategli dall'istituto di credito, ma anche di rinegoziare il complessivo rapporto contrattuale (bancario, assicurativo, etc.) in tutti i suoi molteplici aspetti, scorgendo così proprio le notevoli potenzialità del procedimento di mediazione nel quale il mediatore non si limita a regolare questioni passate ma mira, piuttosto, ad una ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura. Al riguardo, si consideri però che, sebbene si faccia riferimento a "rapporti duraturi" tra le parti, si deve precisare che l'interesse o l'esigenza del privato a mantenere, oltre la definizione della singola controversia, una relazione che si protragga nel tempo, non è sempre presente nelle sue intenzioni come invece lo è per l'istituto bancario o assicurativo.

Ciò che può balzare immediatamente agli occhi per questo tipo di controversie è la sproporzione tra le due parti. Infatti, generalmente, questi contratti sono stipulati tra un privato (persona fisica) ed un istituto bancario, finanziario o assicurativo (persona giuridica), spesso di notevoli dimensioni. Il rischio che ne consegue è che il privato potrebbe non avere gli strumenti adatti al fine di valutare la convenienza di un eventuale accordo conciliativo, ciò, appunto, in ragione di asimmetrie di varia natura come quelle economiche, informative o contrattuali, cosicché l'obbligatorietà del procedimento di mediazione possa agevolare sì la risoluzione stragiudiziale di tali liti, ma in senso quasi sempre più vantaggioso per gli istituti bancari, penalizzando invece il privato. Da questo punto di vista la scelta del legislatore del 2013, di introdurre l'obbligo di assistenza tecnica dell'avvocato per le parti, non appare così malvagia. Infatti, è in queste materie così tecniche e complesse, in modo speciale, che l'avvocato può tornare a ricoprire un ruolo fondamentale nella tutela del

²⁷¹ Schema di D.Lgs. - Attuazione dell'art. 60 della L. n. 69 del 2009, in materia di mediazione civile e commerciale – Relazione, già citata.

cittadino pur rimanendo a quest'ultimo la partecipazione attiva e la valutazione dei propri interessi nel procedimento di mediazione²⁷².

La mediazione in questo ambito, come la stessa norma in esame ci suggerisce, non è il primo strumento, in ordine di tempo, che il legislatore ha pensato per la risoluzione extragiudiziale di queste dispute. L'articolo 5, comma 1-*bis* del D.Lgs. n. 28 del 2010 prevede che il tentativo preliminare obbligatorio in queste materie si considera esperito non solo con il procedimento di mediazione in parola ma anche attraverso due altri e preesistenti procedimenti di conciliazione previsti rispettivamente dal D.Lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 e dal D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

L'intento dichiarato dal legislatore è quello di far assurgere questi procedimenti a condizione di procedibilità alternativa rispetto a quella davanti agli organismi, sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già oggi adeguate garanzie di imparzialità e di efficienza. I procedimenti a cui si fa riferimento sono la procedura di conciliazione e arbitrato presso la Consob (di cui al D.Lgs. n. 179 del 2007)²⁷³ e il sistema di risoluzione stragiudiziale (di cui all'articolo 128-*bis* del D.Lgs. n. 385 del 1993) che scaturisce da un reclamo cui fa seguito la procedura di risoluzione stragiudiziale disposta dalla Banca d'Italia²⁷⁴. Entrambi presentano delle caratteristiche che richiamano le procedure stragiudiziali volte a salvaguardare il rapporto tra azienda e consumatore, come ad esempio quelle analizzate nel primo capitolo in materia di telecomunicazioni. In queste procedure appare ancora più evidente la sproporzione tra le parti: chi presenta il reclamo e si avvale di tali procedure è sempre e soltanto il cliente che chiede giustizia e che dunque si configura come parte debole.

Per quanto riguarda la circoscrizione dell'ambito di applicabilità della mediazione obbligatoria in queste materie, si fa riferimento, per le dispute relative a

²⁷² Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 334-342.

²⁷³ Per un approfondimento su questo tipo di procedura si veda la *Guida informativa della Camera di Conciliazione e Arbitrato della Consob*, ottobre 2012, reperibile su internet al sito: https://www.camera-consob.it/camera/pubblicazioni/brochure_camera_2012.pdf

²⁷⁴ Per un approfondimento su questo tipo di procedura si veda il saggio di Federico RAFFAELE, *L'Arbitro bancario finanziario*, pubblicato su *Consumatori, diritti e mercato*, n. 1/2011 e reperibile su internet al sito: <http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2012/12/2011-01-l-arbitro-bancario-finanziario-consumatori-diritti-e-mercato-16-n537520.pdf> (consultato il 2 ottobre 2015).

contratti bancari, alla disciplina contenuta nel libro IV, titolo III, capo XVII del Codice civile (articoli dal 1834 al 1860) e per le dispute relative a contratti assicurativi, si fa riferimento in via generale al successivo capo XX (articoli dal 1882 al 1932) e per la disciplina specifica al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private).

Nell'ambito assicurativo, secondo un'interpretazione estensiva della dottrina, è pacifico che si debbano ricomprendere nell'alveo della mediazione obbligatoria anche le controversie che scaturiscono da contratti assicurativi ma caratterizzati dall'assenza del fattore di rischio. Si tratta cioè di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione che sono sostanzialmente assimilabili a contratti di risparmio o a servizi generalmente forniti da istituti di credito o di intermediazione finanziaria²⁷⁵.

2. Il nuovo concetto di obbligatorietà.

Il concetto di obbligatorietà inteso dal legislatore delegato del 2010 risulta parzialmente mutato con le modifiche introdotte dal Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98. Le modifiche disposte, nel senso auspicato anche dal legislatore europeo, appaiono finalizzate a valorizzare quella tipologia di mediazione cosiddetta "facilitativa", allontanandosi così dal modello "aggiudicativo". Le scelte fatte, tuttavia, non sono esenti da critiche.

Con la predetta novella è stato introdotto il comma II-*bis* all'articolo 5 del D.Lgs. n. 28 del 2010 nel quale si stabilisce che la condizione di procedibilità della domanda giudiziale «si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». Questa disposizione deve essere letta in combinato disposto con il successivo articolo 8, comma I, quarto e quinto periodo: «Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro,

²⁷⁵ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 342-348.

invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento».

Da ciò deduciamo come il legislatore abbia voluto porre ancora una volta l'attenzione sulla volontà delle parti. Se da un lato questa fase iniziale dell'incontro di mediazione può sembrare una perdita di tempo, in realtà si rivela un momento efficace al fine di valutare se il percorso di mediazione sia appropriato o meno, rendere chiari gli obiettivi della mediazione, definire i ruoli e aprire un varco comunicativo. Le spiegazioni fornite dal mediatore, dunque, sono quanto mai necessarie soprattutto se guardiamo alla realtà italiana, nella quale i cittadini, non conoscendo (sufficientemente) l'istituto della mediazione e non avendo la cultura della mediazione, rischiano di arrivare davanti al mediatore con un atteggiamento prevenuto che può costituire un ostacolo al buon esito del procedimento, ma che può essere "smontato" da un giusto approccio e da una vera conoscenza delle opportunità, delle modalità e degli obiettivi dell'istituto.

Tale primo incontro, quindi, è utile sia al mediatore per valutare se la disputa sia effettivamente mediabile, ovvero se sussistono le condizioni minime per poter intraprendere il successivo percorso di mediazione, sia alle parti, per dare loro (e ai loro avvocati) gli strumenti necessari per valutare se la mediazione sia lo strumento più efficace per gestire la lite e dunque per raggiungere un accordo²⁷⁶.

L'immagine e la percezione dell'istituto, quindi, con le modifiche introdotte dal legislatore del 2013, assume una diversa sfaccettatura che pone maggiormente in risalto la natura negoziale fondata sulla volontarietà intesa quale espressione di autonomia contrattuale, e cioè come libertà di concludere o meno il contratto, scegliere la persona del contraente e stabilirne il contenuto. Ecco perché la necessità di rendere le parti più consapevoli e responsabili, rafforzando l'autonomia privata, nella relativa scelta²⁷⁷.

Alla luce di questo ragionamento e a tutela delle parti in lite si colloca anche un'altra scelta del legislatore, contenuta nell'articolo 17, comma V-ter del Decreto in esame e che, come vedremo nel prosieguo, presenta molte criticità. Con tale

²⁷⁶ Cfr. E. FANCIULLO, *Op. cit.*, pp. 306-319.

²⁷⁷ Cfr. *ibidem*.

disposizione viene stabilito che: «Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione». Una scelta, quindi, che volta a togliere qualsiasi onerosità sul piano economico alle parti che non manifestano l'intenzione di procedere con la mediazione, lasciandole libere da qualsiasi impegno di tipo pecuniario e alleggerendo ulteriormente la condizione di procedibilità e con essa il regime di obbligatorietà.

2.1 L'obbligatorietà nella mediazione disposta dal giudice.

Con gli interventi del "Decreto del fare", se da un lato si è alleggerito il concetto di obbligatorietà facendo esaurire la condizione di procedibilità con il primo incontro, dall'altro si è voluta rendere effettiva la mediazione nel caso in cui il giudice, valutata la natura della controversia che gli è posta innanzi, si renda conto che un procedimento di mediazione potrebbe in quella vicenda essere più fruttuoso e adatto rispetto ad un procedimento giurisdizionale.

La modifica approntata in questo caso riguarda il comma II dell'articolo 5 del D.Lgs. n. 28 del 2010, nella parte in cui prevede che il giudice «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello». Nella versione precedente al "Decreto del fare", infatti, il giudice poteva soltanto sollecitare o invitare le parti alla mediazione e il tentativo aveva luogo solo se questo semplice invito trovava l'accoglienza anche nella volontà delle parti stesse.

L'azione del giudice si sostanzia in un vero e proprio comando, impartito attraverso un'ordinanza che può essere emessa fino a quando la causa non entra nella fase decisoria. Con tale ordinanza il giudice rinvia la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 del citato Decreto (tre mesi), lasciando trascorrere, quindi, un lasso di tempo in cui il processo non viene sospeso ma semplicemente differito e, considerato l'attuale stato di congestione della mole di

contenzioso civile nei tribunali e la conseguente ampiezza dei tempi interposti tra le udienze, un rinvio di questa durata non appare quasi per niente gravoso.

A seguito di questa modifica introdotta nel 2013 possiamo individuare alcune conseguenze tra le quali:

- il potenziale allargamento della mediazione obbligatoria a qualsiasi ambito o materia civile, senza rimanere necessariamente nell'elenco tassativo delle controversie di cui al comma I-*bis*²⁷⁸,
- la probabilità che le parti nei cui confronti il giudice ha disposto la mediazione, avvertano l'ordinanza del giudice più come un importante suggerimento di cui tenere conto che come un “inutile” passaggio imposto da norme procedurali²⁷⁹,
- una più efficace applicazione delle sanzioni previste all'articolo 8, comma IV-*bis* (e all'articolo 13) del Decreto in esame.

Più che di una condizione di procedibilità della domanda dovremmo parlare di condizione alla prosecuzione della trattazione innanzi al giudice, che può concretizzarsi solo ove il giudice ne ravveda l'opportunità, lasciato a quest'ultimo un ampio margine di discrezionalità nell'individuazione dei casi da inviare in mediazione. Proprio per questo motivo al giudice è richiesta una conoscenza delle opportunità offerte dalla mediazione e una specifica formazione che possa supportarlo nella valutazione sulla negoziabilità della controversia²⁸⁰. In questo senso è auspicato da più parti un maggiore raccordo tra organismi, Foro e Magistratura per l'affinamento degli strumenti di mediazione e per l'elaborazione di protocolli operativi di raccordo fra i vari momenti e soggetti che operano nel sistema del procedimento di mediazione²⁸¹. L'auspicio, inoltre, è avvalorato dall'esigenza di

²⁷⁸ In questo senso si veda Trib. Prato, ordinanza del 16 gennaio 2012, reperibile sul sito internet dell'Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Civile:
<http://osservatoriomediazioneecivile.blogspot.it/2012/03/5512-mediazione-delegata-ambito-di.html>
(consultato il 10 ottobre 2015).

²⁷⁹ In questo senso i dati ufficiali elaborati dal Ministero della Giustizia, con proiezione nazionale, rivelano, al contrario, percentuali di successo maggiori nelle mediazioni obbligatorie imposte ai sensi dell'articolo 5, comma I-*bis* anziché in quelle disposte *ex* articolo 5, comma II del medesimo Decreto.

²⁸⁰ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 355-365.

²⁸¹ Cfr. M. MORICONI, *Op. cit.*

chiarire e definire i ruoli e fino a che punto l'azione del giudice possa spingersi a controllare lo svolgimento della mediazione²⁸².

2.2 L'obbligatorietà nella mediazione concordata.

Nell'ultimo comma dell'articolo 5 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, il legislatore affronta l'ultima tipologia di mediazione, la mediazione concordata. Questa eventualità ha luogo ove prevista dalle parti attraverso un'apposita "clausola di mediazione"²⁸³ inserita in un contratto, in uno statuto o in un atto costitutivo che preveda, nel caso sorgesse una lite, di ricorrere in prima istanza ad un organismo di mediazione e solo in via residuale ad altri strumenti quali l'arbitrato o la giurisdizione. La predetta disposizione, quindi, attribuisce a questa clausola un'efficacia tale da comportare delle ripercussioni sul piano processuale in quanto, se la mediazione non risulta promossa, il giudice rinvierà la causa ad un'udienza successiva nel rispetto dei termini di cui all'articolo 6, D.Lgs. n. 28 del 2010.

Questo tipo di mediazione, complementare alla mediazione di cui al comma I-*bis* e II, sebbene comprenda una piccolissima fetta del totale delle mediazioni effettuate²⁸⁴, offre l'opportunità di un ulteriore ampliamento delle fattispecie da

²⁸² Sul punto si veda l'ordinanza del Trib. di Siracusa, 30 marzo 2015, nella quale il giudice «invita il mediatore ad avanzare proposta conciliativa, pur in assenza di congiunta richiesta delle parti *ex art.* 11, comma I, D.Lgs. 28/2010». L'ordinanza è reperibile sul sito: <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it/2015/09/3915-mediazione-delegata-il-giudice.html> (consultato il 10 ottobre 2015).

²⁸³ Le clausole di mediazione o clausole conciliative sono presenti in numerose e varieghe tipologie: esse possono prevedere, fra l'altro, l'organismo di mediazione cui rivolgersi (o l'ambito territoriale all'interno del quale scegliere successivamente l'organismo), le modalità procedurali che il mediatore dovrà seguire (ad esempio la facoltà di formulare la proposta conciliativa solo con la volontà delle parti), una limitazione dell'ambito applicativo della mediazione solo per determinate controversie relative all'atto, il pagamento di una penale o la previsione di un risarcimento a carico del soggetto inadempiente. In ogni caso ciò che accomuna e caratterizza queste clausole è la manifestazione della volontà di obbligarsi a sottoporsi ad un tentativo di mediazione ai sensi del D.Lgs. n. 28 del 2010, prima di iniziare qualsiasi procedimento arbitrale o giudiziale.

²⁸⁴ Nel periodo marzo 2011 – marzo 2012 solo lo 0,5% dei procedimenti di mediazione risulta riconducibile alla categoria della mediazione concordata, la stessa percentuale rimane sostanzialmente invariata anche nel periodo 1 gennaio 2014 – 30 giugno 2014 e nel primo semestre del 2015. Fonti: dati elaborati dall'Osservatorio Nazionale sulla Mediazione Civile per l'anno 2012 e riportati in Giulio SPINA, *La clausola di mediazione con particolare riferimento ai contratti di appalto e franchising*, pubblicato in *La Nuova Procedura Civile*, 3 giugno 2013 (reperibile sul sito

sottoporre al previo esperimento conciliativo, e così la possibilità di trovare maggiore soddisfazione per le parti e un minor afflusso del contenzioso nei tribunali civili.

Nel caso della mediazione concordata, il concetto di obbligatorietà differisce sensibilmente rispetto alle altre tipologie di mediazione analizzate.

Anzitutto l'obbligo di vincolarsi, in prima battuta, al tentativo della mediazione è il frutto di una libera scelta delle parti, dunque né del giudice, né del legislatore. Questa libera scelta, inoltre, non nasce contemporaneamente al sorgere del conflitto ma in un momento precedente e, infatti, nascendo al momento in cui ha inizio il rapporto giuridico tra le parti in lite, possiamo vederla come una rivalutazione dell'elemento della volontarietà. Come la fase genetica del rapporto nato da un contratto, da uno statuto o da un atto costitutivo è ispirata al principio volontaristico, così, in base al medesimo principio, si vuole affrontare la fase patologica ed eventuale dello stesso rapporto cioè la gestione di una controversia.

Oltre a quanto appena visto, la mediazione concordata presenta un'altra peculiarità fortemente connotante e legata al principio volontaristico: la mancata adesione al procedimento di mediazione è rilevabile in giudizio solo ed esclusivamente su eccezione di parte nella prima difesa, non quindi dal giudice. Ne possiamo trarre che la clausola di mediazione non può comportare di per sé una condizione di procedibilità.

In realtà, secondo autorevole dottrina²⁸⁵, nemmeno l'eccezione di parte può innescare una causa di improcedibilità ritenendosi che, a differenza della mediazione obbligatoria di cui al comma I-bis, il giudice all'udienza di rinvio, verificato nuovamente il mancato esperimento della procedura di mediazione, non può chiudere

internet: [http://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2013/06/ Spina_mediazione_clausola.pdf](http://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2013/06/Spina_mediazione_clausola.pdf)); rilevazioni statistiche con proiezione nazionale curate dalla Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia relative al periodo 1 gennaio 2014 – 30 giugno 2014 (reperibili sul sito internet: [http://www.Judicare.it/ragionando/wpcontent /uploads/2014/11/statistiche_mediazione_civile_del_2_trimestre_20141.pdf](http://www.Judicare.it/ragionando/wpcontent/uploads/2014/11/statistiche_mediazione_civile_del_2_trimestre_20141.pdf)) e al periodo 1 gennaio 2015 – 30 giugno 2015 (reperibili sul sito internet: [https://webstat.giustizia.it/Analisi% 20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20al%2030%20giugno%202015.pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20al%2030%20giugno%202015.pdf)).

²⁸⁵ Si vedano F. P. LUISO, *Op. cit.*, pp. 60-61, AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 375-376 e AA.VV., *La clausola di mediazione a tutela dei commercialisti e degli organi di controllo societario*, studio curato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, maggio 2012, pag. 7, scaricabile dal sito internet: <http://www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=6216b245-9ec4-430e-927e-803bce55a4d3> (consultato il 16 ottobre 2015).

il processo in rito, ma deve proseguirlo fino alla decisione di merito. In questo caso, quindi, la violazione dell'obbligo assunto con la clausola di mediazione non ha l'effetto di impedire né la proposizione della domanda giudiziale né la prosecuzione del processo, tutt'al più potrà "fondare una pretesa risarcitoria"²⁸⁶. Le motivazioni mosse in questa direzione attingono principalmente alla natura negoziale della clausola e "al dato normativo, posto che l'articolo 5, al comma V, non menziona il termine «improcedibilità»"²⁸⁷. A questa osservazione, tuttavia, si ritiene opportuno ribadire che lo stesso articolo 5 è rubricato: condizione di procedibilità e rapporti con il processo.

La tesi, comunque, sembra essere supportata dalla Circolare ministeriale del 20 dicembre 2011²⁸⁸ recante l'interpretazione delle misure correttive contenute nel Decreto interministeriale n. 145 del 2011, ove si specifica che «in caso di mediazione volontaria [o sollecitata dal giudice]²⁸⁹ o per contratto, il mediatore può chiudere il procedimento di mediazione anche ove la parte istante non si sia presentata» senza la necessità di rilasciare l'attestato di conclusione del procedimento come invece è richiesto nel caso della mediazione obbligatoria.

Possiamo osservare, quindi, che il processo dinanzi al giudice è destinato a proseguire sia nel caso in cui nessuna parte rilevi la mancata attivazione del procedimento di mediazione, sia nel caso in cui una parte la rilevi e successivamente nessuna delle due parti vi provveda. Ma quest'ultimo caso si ritiene assai improbabile visto che, se una parte ha sollevato l'eccezione non si vede il motivo per il quale non si presenti poi la domanda presso l'organismo di mediazione.

In buona sostanza, proposta la domanda di mediazione, se la controparte non parteciperà all'incontro troverà applicazione l'articolo 8, comma IV-*bis*, il quale si riferisce a tutti «i casi previsti dall'articolo 5». Dunque, se la controparte non collabora, il giudice potrà «desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del Codice di procedura civile» ed è inoltre

²⁸⁶ Cfr. F. P. LUISO, *Op. cit.*, pp. 60-61.

²⁸⁷ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pp. 375-376.

²⁸⁸ Reperibile sul sito internet del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?previousPage=mg_1_12_1&contentId=SDC718215 (consultato il 16 ottobre 2015).

²⁸⁹ Parte da considerarsi esclusa a seguito del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.

tenuto a condannare la parte costituita in giudizio che «non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio».

È da questo punto di vista che la mediazione concordata, benché non costituisca una condizione di improcedibilità, ottiene comunque un grande incentivo ed una forte spinta del tutto assimilabile alla mediazione obbligatoria *tout court*.

Un discorso a parte, in questo senso, riguarda le spese di mediazione previste dal Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180²⁹⁰. L'articolo 16, comma IV, lettera d), infatti, prevede una riduzione di un terzo dell'importo massimo delle spese di mediazione soltanto per le materie di cui all'articolo 5, comma I-bis. Di conseguenza la riduzione non si applica nei casi di mediazione disposta dal giudice o di mediazione concordata. Ciò costituisce un impedimento e un *discrimen* nei confronti di queste due ultime tipologie di mediazione soprattutto alla luce delle modifiche introdotte dal "Decreto del fare" in tema di spese di mediazione, a cui faremo cenno nel paragrafo seguente.

3. Profili controversi: il verificarsi della condizione di procedibilità.

Tra le principali novità introdotte dal legislatore del 2013, come detto, rileva in modo particolare il comma II-bis dell'articolo 5 in esame. Sebbene l'intento che ha mosso il legislatore sia stato quello di far risaltare il più possibile l'elemento volontaristico, dobbiamo constatare, tuttavia, alcune criticità se non contraddizioni con il resto della normativa e, soprattutto, con l'esperienza formatasi dall'applicazione dell'istituto.

Prima di addentrarci nell'analisi del dato normativo e delle motivazioni che lo sostengono appare opportuno leggere, attraverso i dati pervenuti in questi primi anni di applicazione dell'istituto, l'andamento e le peculiarità riscontrate sul piano pratico.

²⁹⁰ Pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 258 del 4 novembre 2010.

Dalle rilevazioni statistiche con proiezione nazionale messe a disposizione dal Ministero della Giustizia²⁹¹ emerge con chiarezza un dato eloquente in fatto di volontarietà. La percentuale di controversie risolte con successo risulta assai maggiore nelle mediazioni in cui le parti decidano di proseguire oltre il primo incontro²⁹², cioè a dire che, se le parti mostrano quel minimo di volontà e apertura tali da spingerle ad effettuare anche uno o più incontri ulteriori, le opportunità e le potenzialità della mediazione si dispiegano al massimo delle loro capacità e ottengono frutti maggiori.

È alla luce di questo che non si riesce a cogliere una grande forza incentivante degli ultimi interventi normativi ma, al contrario, si tratta di disposizioni che sembrano scoraggiare la prosecuzione del procedimento conciliatorio.

Per far luce sulle disposizioni dettate dal legislatore del 2013 occorre stabilire chiaramente il significato e la valenza della presunzione contenuta nella disciplina di cui al già citato comma II-*bis* dell'articolo 5: «la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». Parlando qui di "primo incontro", il riferimento va a quanto stabilito, con lo stesso intervento normativo, circa lo svolgersi di esso. Secondo la nuova formulazione dell'articolo 8, comma I, già citato, il primo incontro dovrebbe essere costituito da due fasi necessarie più una terza eventuale e precisamente: una prima fase in cui il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, una seconda fase dove le parti esprimono il proprio parere sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, una terza fase in cui inizia lo svolgimento vero e proprio fatto di confronto, dialogo e talvolta contrattazione.

In conseguenza a ciò possiamo distinguere due ipotesi. La prima: se le parti dichiarano immediatamente di non voler iniziare la mediazione (ipotesi probabile dato che il loro intento era quello di proporre la domanda giudiziale e non una mediazione facoltativa), l'esperimento si considera svolto quando in realtà non si è

²⁹¹ Le fonti sono citate in nota nel paragrafo che precede.

²⁹² Nel primo semestre del 2015 il 22,2% delle mediazioni alle quali hanno partecipato entrambe le parti si sono concluse con il raggiungimento dell'accordo. Se consideriamo le mediazioni che sono proseguite oltre il primo incontro (quindi che hanno avuto uno o più incontri), la percentuale di quelle concluse con successo sale al 43,1%. Dati analoghi li ritroviamo anche nelle rilevazioni precedenti. Si consideri inoltre che solo il 28,7% delle mediazioni prosegue oltre il primo incontro (dati del secondo trimestre del 2014).

nemmeno cominciato. La seconda: se le parti dimostrano di voler provare a cercare un componimento bonario e ritengono utile procedere con ulteriori incontri, la condizione di procedibilità è considerata parimenti avverata.

È vero che nella prima ipotesi si può cogliere una maggiore fedeltà alla volontà delle parti, ma la contraddizione che ne esce fuori definendo l'esperimento una condizione e poi considerando la condizione avverata quando non si è ancora iniziato, risulta troppo eclatante. Inoltre ciò inciderebbe negativamente sugli obbiettivi che si è dato l'ordinamento posto che, come è stato già detto, "prevenire l'eventuale giudizio, e quindi cercare di deflazionare il carico giudiziario *ex ante*, ovvero uscire dal giudizio già incardinato, e quindi cercare di deflazionare il carico giudiziario *ex post*, implica chiaramente la possibilità concreta per le parti di dialogare tra loro in merito alla materia controversa, al fine di poter sottrarre la soluzione della stessa al magistrato e trovarla per conto proprio in virtù di un accordo conciliativo"²⁹³. Un'ulteriore contraddizione poi, emerge in relazione alla nuova versione dell'articolo 5, comma II: ci potremmo chiedere a che ha giovato trasformare l'invito del giudice in un comando se poi le parti al primo incontro possono annullare la condizione di procedibilità senza nemmeno aver provato a dialogare e quindi a sperimentare concretamente la mediazione.

Nella seconda ipotesi, invece, è proprio in riferimento alla volontà delle parti che si coglie una bassa considerazione e un chiaro disincentivo da parte della normativa. Infatti, se le parti mostrano un'apertura alla mediazione, eccettuato il caso tanto felice quanto raro di un accordo raggiunto al primo incontro, con l'articolo 5, comma II-*bis* si dice alle parti che proseguire o meno la mediazione è irrilevante ai fini del procedimento giudiziale, rendendo inutili i tre mesi messi a disposizione dalla legge o dal giudice, e con l'articolo 17, comma V-*ter* si pongono in capo alle stesse, solo se partecipano all'incontro successivo, tutte le spese di mediazione (le spese per l'avvio del procedimento e le spese di mediazione).

²⁹³ Ferdinando CARBONE, *Sulla condizione di procedibilità della domanda giudiziale in caso di mediazione ex lege ovvero ex officio iudicis*, articolo pubblicato il 12 novembre 2014 e reperibile sul sito internet: <http://www.deconflict.eu/mediazione/sulla-condizione-di-procedibilita-della-domanda-giudiziale-in-caso-di-mediazione-ex-lege-ovvero-ex-officio-iudicis.php> (consultato il 21 ottobre 2015).

Tornando alla prima eventualità descritta, cioè al caso in cui le parti dichiarino preliminarmente di non voler cominciare la mediazione, possiamo individuare due interpretazioni delle disposizioni più controverse. Una prima interpretazione, prevalente in dottrina e più fedele alla lettera della norma²⁹⁴, considera verificata la condizione di procedibilità con la semplice mancata volontà di iniziare l'esperimento di mediazione, con ciò finendo per sostenere la predetta antinomia ossia che l'esperimento si considera effettuato quando in realtà non si è affatto tentato. Una tale concezione della norma permette facilmente alla parte istante di aggirare completamente l'istituto nel caso di mediazione obbligatoria *ex lege*, in quanto si rende possibile adire l'organismo di conciliazione, effettuare il primo incontro (fittizio), ottenere subito l'attestato di conclusione del procedimento, a norma dell'articolo 7, comma , lettera d) del Decreto Ministeriale n. 180 del 2010, evitando così:

1. il pagamento delle spese di mediazione,
2. l'attesa del periodo destinato allo svolgersi della mediazione indicato all'articolo 6, comma I del Decreto legislativo in esame,
3. (se presenti entrambe le parti) di vedersi applicare le sanzioni previste dall'articolo 8, comma IV-*bis* del medesimo Decreto.

A questa interpretazione alquanto deprecabile si aggiunge un altro orientamento presente anche in giurisprudenza, secondo il quale “occorre domandarsi perché il legislatore abbia voluto ‘fermare il cronometro’ sul primo incontro, e non abbia invece detto che la condizione è accertata se le parti non si accordino durante l'esperimento, e quindi anche dopo il primo incontro. [...] L'unica spiegazione logica possibile appare dunque essere quella che ha spinto il legislatore a considerare verificata la condizione se, all'esito del primo incontro, protratto nella sua seconda fase, e quindi entrato nel vivo dell'esperimento di mediazione, le parti non raggiungano l'accordo, nel senso che dichiarino al mediatore di non voler proseguire con l'esperimento, avendo maturato la convinzione che non vi sia possibilità di concludere positivamente il negoziato”²⁹⁵. In questo senso il mancato

²⁹⁴ Si veda, ad esempio, Angelo Danilo DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo civile*, in *La nuova mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 200-205.

²⁹⁵ F. CARBONE, *Op. cit.*

accordo sarebbe il frutto di una verifica concreta, di un tentativo di dialogo che ha avuto effettivamente inizio e nel quale, soppesando il pro ed il contro, si è preso atto dell'assenza delle condizioni per negoziare con speranza di successo. Questo ragionamento, più coerente con la *ratio* sottesa all'intero testo legislativo, sembra, tuttavia, non considerare sufficientemente la successione cronologica stabilita al novellato articolo 8, comma I, quarto e quinto periodo che prevede, come detto, dapprima la fase informativa del mediatore e l'espressa volontà delle parti a procedere con l'esperimento e solo in seguito, con il loro benestare, l'inizio del tentativo vero e proprio.

Questa seconda interpretazione è stata adottata in giurisprudenza, relativamente alla mediazione disposta dal giudice. In particolare si fa riferimento a quanto stabilito dal Tribunale di Palermo, rifacendosi espressamente ad una presa di posizione piuttosto ferma assunta in proposito da parte del Tribunale di Firenze.

Il giudice palermitano della prima sezione civile di quella curia, in un'ordinanza del luglio 2014²⁹⁶, ha consegnato alle parti una proposta di conciliazione, determinando che, ove le parti non avessero accolto la proposta stessa, egli avrebbe disposto la «mediazione *ex officio iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, che si riterrà formata soltanto se nel primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettuato dalle parti in modo effettivo»²⁹⁷. Nel licenziare il provvedimento, il giudice ha svolto un lungo ed articolato ragionamento per giustificare la sua interpretazione, rilevando come sussista «un nodo interpretativo da risolvere. Il Legislatore ha espressamente regolato il regime giuridico sotteso alla condizione di procedibilità e previsto, all'articolo 5 comma II-*bis*, che 'quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo'. La disposizione, dunque, sembra richiamare espressamente "il primo incontro" di cui all'articolo 8 comma I, cit.». Pertanto, «il giudice non potrebbe esigere, al fine di ritenere correttamente formata la condizione di procedibilità, che la mediazione sia

²⁹⁶ Trib. Palermo, sez. prima civile, ordinanza del 16 luglio 2014. Il testo integrale e il commento è reperibile sul sito internet: <http://www.adrintesa.it/tribunale-di-palermo-sez-i-civile-ordinanza-16-luglio-2014-3779> (consultato il 22 ottobre 2015).

²⁹⁷ *Ibidem*.

stata tentata anche oltre il primo incontro. Tuttavia, egli può comunque richiedere che in questo primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettivo. [...] una corretta interpretazione (in linea con la *ratio* della direttiva europea – ed è noto che gli operatori nazionali sono tenuti, secondo la Corte di giustizia dell’Unione Europea, a tentare un’interpretazione delle disposizioni nazionali conforme alle norme europee – che mira ad agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario) è quella che ritiene che il mediatore, nell’invitare le parti e i loro procuratori a esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione, deve verificare se vi siano i presupposti per poter procedere nell’effettivo svolgimento della mediazione (il cui procedimento comunque già inizia con il deposito dell’istanza di mediazione). Tali presupposti sono, ad esempio, l’esistenza di una delibera che autorizza l’amministratore di condominio a stare in mediazione (così come previsto dalla Legge n. 220 del 2012) o l’esistenza di un’autorizzazione del giudice tutelare se a partecipare alla mediazione deve anche essere un minore ovvero la presenza di tutti i litisconsorti necessari. Il mediatore non dovrebbe chiedere, come invece ritenuto da molti, se le parti vogliono andare avanti. Egli non deve verificare la “volontà” delle parti e dei procuratori, ma li invita ad esprimersi sulla “possibilità” di iniziare la procedura di mediazione. E nel punto in cui la norma dice che ‘nel caso positivo, procede con lo svolgimento’ essa non va intesa nel senso che se gli avvocati dicono che c’è tale possibilità si va avanti, mentre se dicono che non sussiste questa possibilità non si procede oltre. È il mediatore che, tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati, valuta se sussiste questa possibilità (nella norma, infatti, non si legge “nel caso di risposta positiva”, ma “nel caso positivo”). Si comprende, quindi, il motivo per cui il comma 5-ter dell’articolo 17 del D.Lgs. n. 28 del 2010 contempla (come il comma II-bis dell’articolo 5) la possibilità di un accordo tra le parti in sede di primo incontro prevedendo che in caso di mancato incontro non è dovuto compenso all’organismo»²⁹⁸.

Tutto il ragionamento ricalca quello di un’ordinanza del Tribunale di Firenze del marzo 2014, secondo cui la condizione di procedibilità della domanda giudiziale necessita di una duplice verifica: 1) la presenza delle parti al primo incontro; 2) che le stesse parti, nello stesso primo incontro, effettuino un tentativo di mediazione vero

²⁹⁸ *Ibidem*.

e proprio. Il giudice fiorentino osserva come le due norme citate siano formulate in modo ambiguo, rilevando che non avrebbe senso imporre l'incontro «solo in vista di un'informativa»²⁹⁹. Quindi, «a parte le difficoltà di individuare con precisione scientifica il confine tra la fase c.d. preliminare e la mediazione vera e propria, data la non felice formulazione della norma, appare necessario ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce. In tale prospettiva, ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando i difensori si rechino dal mediatore e, ricevuti i suoi chiarimenti su funzione e modalità della mediazione, possano dichiarare il rifiuto di procedere oltre, appare una conclusione irrazionale e inaccettabile»³⁰⁰.

In conseguenza a questo ragionamento «la dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione»³⁰¹.

Infine, il giudice fiorentino termina l'ordinanza sostenendo che «nella mediazione disposta dal giudice, viene chiesto alle parti di esperire la mediazione e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità [...] che la mediazione sia effettivamente avviata»³⁰².

Per concludere sul punto, il sistema appare coerente solo ove si accolga l'interpretazione logica offerta dal tribunale di Firenze e fatta propria da quello di Palermo³⁰³ e da altre corti italiane³⁰⁴.

²⁹⁹ Trib. Firenze, Ordinanza del 19 marzo 2014. Reperibile sul sito internet: <http://www.mcm-mediazione.com/wp-content/uploads/T-Firenze-mediazione-demandata-effettiva.pdf> (consultato il 22 ottobre 2015).

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Cfr. F. CARBONE, *Op. cit.*

³⁰⁴ Si vedano, ad esempio, l'ordinanza del Tribunale di Monza 20 ottobre 2014 (reperibile sul sito internet: <http://www.adrintesa.it/news-mediazione-civile/giurisprudenza/tribunale-di-monza-i-sez->

Invero, questa interpretazione conferisce la massima tutela possibile tanto all'interesse pubblico che a quello privato, nel senso che vanno in giudizio solo quelle controversie che le parti non siano riuscite a mediare, pur essendo soggette ad un tentativo obbligatorio *ex lege* ovvero *ex officio iudicis*. Tale tutela non viene affatto riconosciuta adottando l'altra interpretazione, la quale, ritenendo come sufficiente la manifestazione della volontà di non mediare espressa all'esito della fase informativa del primo incontro, vanifica l'istituto della mediazione conciliativa e contrasta con il diritto comunitario (che predilige l'impiego effettivo delle *ADR* e della mediazione delle controversie, al fine di rendere più facile l'accesso alla giustizia per il miglior funzionamento del mercato unico), collocandosi inevitabilmente *contra legem*³⁰⁵.

Un ultimo punto da affrontare, a cui si è già fatto accenno, riguarda la scelta del legislatore di inserire una disposizione, con l'articolo 17, comma V-ter del Decreto in esame, che rende completamente gratuito il primo incontro mentre pone tutte le spese di mediazione a carico delle parti che partecipino anche ad un solo incontro successivo³⁰⁶.

Dobbiamo considerare che, in una notevole percentuale di casi, le parti rinunciano ad iniziare l'esperimento di mediazione, in quanto il decidere di farlo comporta necessariamente l'esborso dell'indennità di mediazione, che viene da molti percepita come una spesa aggiuntiva inutile, se poi il tentativo non riesce e quindi comunque bisogna ricorrere al giudice. Tale ragionamento, ovviamente errato sotto il profilo della convenienza a mediare, porterebbe ad un sostanziale fallimento dell'istituto della mediazione. Peraltro il legislatore, avendo inteso introdurre nell'ordinamento la mediazione come strumento utile per la risoluzione amichevole delle controversie, oltre che come strumento deflattivo del carico processuale, sulla

civile-ordinanza-20-ottobre-2014, consultato il 24 ottobre 2015) e la più recente ordinanza 14 luglio 2015 dello stesso Tribunale (reperibile sul sito internet: <http://www.101mediatori.it/sentenze-mediazione/la-mediazione-va-effettivamente-avviata-e-le-parti-non-possano-limitarsi-a-presenziare-al-primo-incontro-418.aspx>, consultato il 24 ottobre 2015) che ribadiscono il decantato principio di effettività.

³⁰⁵ Cfr. F. CARBONE, *Op. cit.*.

³⁰⁶ Tale disposizione stride anche con l'articolo 16, comma IX del Decreto del Ministero della Giustizia n. 180 del 2010 in quanto quest'ultimo prevede che «le spese di mediazione sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà». Con la conseguenza che per un numero non trascurabile di mediazioni si dovrebbe ogni volta consegnare una somma di denaro per poi riaverla subito indietro al termine del primo incontro.

scorta di quanto stabilito dalla normativa europea, non può sostenere che l'esperimento si consideri tentato anche quando non sia nemmeno cominciato!³⁰⁷.

Stabilendo la necessità di pagare l'indennità di mediazione solo se le parti intendano proseguire l'esperimento, ed al tempo stesso disponendo che la condizione di procedibilità dell'azione si considera verificata anche senza che l'esperimento venga iniziato, si otterrebbero due risultati negativi:

- 1) si vanificherebbe l'istituto della mediazione, rendendolo un passaggio meramente formale e quindi inutile, visto che le parti comunque debbono partecipare al primo incontro informativo, ma poi sono disincentivate a tentare l'esperimento,
- 2) si renderebbe difficile la sopravvivenza degli organismi di mediazione e dei mediatori, i quali verrebbero privati di quel minimo di emolumento, rappresentato dalle indennità di mediazione.

La scelta del legislatore non si comprende nemmeno alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale, la quale aveva già considerato che una mediazione con spese così esigue non costituisce un «adempimento vessatorio di difficile osservanza, né un'insidiosa complicazione processuale tale da ledere il diritto di difesa dell'attore»³⁰⁸.

L'interpretazione più autentica, quindi l'unica che potrebbe rendere un po' più ragionevole tale dettato normativo, sembra essere quella del giudice palermitano, il quale, facendo coincidere le "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione con i presupposti per poter procedere nell'effettivo svolgimento della mediazione, e dunque richiedendo che al primo incontro si proceda ad un reale tentativo di conciliazione, giustifica la completa gratuità del primo incontro nell'assenza di uno di questi presupposti oggettivi.

In ogni caso, sembrerebbe del tutto ragionevole lasciare dovute dalle parti almeno le spese di avvio del procedimento, che sono fissate in misura esigua dal Decreto del Ministero della Giustizia n. 180 del 2010, e prevedere le spese di

³⁰⁷ Cfr. F. CARBONE, *Op. cit.*

³⁰⁸ Corte cost. 21 gennaio 1988, n. 73, cit.

mediazione (divise in scaglioni dal medesimo Decreto) se la mediazione ha una prosecuzione e dunque una maggiore onerosità.

Tale convinzione è confermata da un'ordinanza del Consiglio di Stato³⁰⁹, nella quale viene chiarito che il compenso di cui parla il Decreto si riferisce alla sola indennità e non anche alle spese di avvio.

Queste spese, oltre a coprire i costi reali sostenuti dall'organismo di mediazione, possono costituire anche un "pegno" (insieme ai tre mesi fissati dalla norma o dal giudice) per le parti in lite. In altre parole, dato che le parti devono comunque mettere in conto il sacrificio di una piccola somma e di un certo lasso di tempo, possono scegliere di non rendere completamente vana questa realtà bensì di cogliere intelligentemente i frutti che potrebbero uscirne.

4. (Segue) La presenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione.

Un'altra discussa novità introdotta con l'intervento legislativo del 2013 in materia riguarda quanto inserito dall'articolo 8, comma I, terzo periodo: «Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato».

Il carattere impositivo della disposizione non trova una semplice giustificazione, specialmente se il modello di mediazione a cui si vuole fare

³⁰⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, Ordinanza 21 – 22 aprile 2015, n. 1694, reperibile sul sito internet: http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/23/0000069401/Consiglio_di_Stato_sez_IV_ordinanza_n_1694_15_depositata_il_22_aprile.html.
Con tale ordinanza si sospende l'esecutività della Sentenza 23 gennaio 2015, n. 1351 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (reperibile sul sito internet: http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/23/0000068204/TAR_Lazio_sez_I_sentenza_n_1351_15_depositata_il_23_gennaio.html), nella quale si facevano rientrare nel dettato normativo di cui all'articolo 17, comma V-ter anche le spese di avvio.
Sul punto si veda anche la Circolare del Ministero della Giustizia 27 novembre 2013, "Entrata in vigore dell'articolo 84 del D.L. 69/2013 come convertito dalla L. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il D.Lgs. 28/2010. Primi chiarimenti", reperibile sul sito internet: https://www.giustizia.it/giustizia/prot/it/mg_1_8_1.wp?previousPage=mg_16_1&contentId=SDC971358 (consultato il 23 ottobre 2015).

riferimento è quello, descritto dalle normative europee, in cui spicca l'elemento della volontarietà delle parti quali uniche e indiscusse protagoniste del procedimento.

Tale imposizione appare dissonante anche in relazione agli altri mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, primo fra tutti l'arbitrato, nei quali non vi è alcuna obbligatorietà di assistenza da parte dell'avvocato³¹⁰.

Ciononostante, possiamo rintracciare alcune motivazioni a sostegno della scelta del legislatore. Considerando che la manifestazione di volontà a conciliarsi deve essere caratterizzata dalla libertà e dalla consapevolezza della decisione, è necessario che i soggetti coinvolti vengano dotati di tutti gli strumenti necessari per valutare l'opportunità di curare i propri interessi personali e patrimoniali ed individuare l'approccio migliore. La presenza operosa dell'avvocato, in questo senso, andrebbe ad incidere positivamente sul discernimento che le parti sono chiamate a fare e il principio volontaristico ne uscirebbe così avvalorato, poiché l'attività del legale contribuirebbe alla formazione di una convinzione personale della parte meno viziata da un'erronea conoscenza della realtà e da considerazioni prive di fondamento. Un esempio particolarmente efficace lo ritroviamo nelle mediazioni di controversie in materie tecniche e complesse come quelle relative a contratti assicurativi, bancari e finanziari in cui, fra l'altro, il privato si confronta spesso con un istituto assicuratore. In questi casi, appunto, risulta fondamentale per la parte in mediazione conoscere, al fine di una sua più consapevole partecipazione, i propri diritti e i possibili scenari reali che potrebbero aprirsi in un successivo ed eventuale giudizio ordinario³¹¹.

Il significato di fondo della nuova norma può essere rintracciato anche dal punto di vista procedimentale: inquadrando la mediazione come una fase pre-processuale, infatti, la figura dell'avvocato costituisce un legame di continuità con il procedimento giurisdizionale e una garanzia ulteriore per il rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico durante lo svolgimento della mediazione³¹².

Ciò che può realmente accadere durante un incontro di mediazione è estremamente vario e talvolta l'atteggiamento assunto dall'avvocato può essere

³¹⁰ Cfr. E. FANCIULLO, *Op. cit.*, pp. 329-330.

³¹¹ Cfr. AA.VV., *La nuova mediazione*, cit., pag. 345.

³¹² Cfr. E. FANCIULLO, *Op. cit.*, pag. 310.

tacciato dai più malfidati come opportunisti, specie se il consiglio dato alla parte è quello di soprassedere alla mediazione e andare in giudizio (con il conseguente allungamento dei tempi e un maggior guadagno per l'avvocato, che non farebbe il vero interesse dell'assistito). In realtà non appare opportuno fare delle considerazioni di questo tipo, in quanto sarebbe molto verosimile anche un atteggiamento del tutto differente, che potrebbe portare grande giovamento per il raggiungimento della conciliazione. Può ben accadere, infatti, che il soggetto che si ostina a voler portare in tribunale l'avversario, rifiutando qualsiasi tentativo anche solo di comunicare o ragionare sui fatti, sia proprio la parte e non l'avvocato. Quest'ultimo, invece, se dotato di buonsenso, potrebbe adottare uno sguardo più pacato e oggettivo sulla realtà dei fatti ed indicare al proprio assistito la vera strada più conveniente da percorrere.

La scelta di rendere obbligatoria l'assistenza e quindi la presenza dell'avvocato in mediazione si fonda su una concezione che vede l'avvocato quale figura capace di esercitare una certa influenza sulla parte e quindi capace di promuovere e favorire soluzioni conciliative. Questa stessa concezione sottostà anche ad un'altra disposizione del medesimo Decreto, l'articolo 4, comma III, nel quale si impone all'avvocato che al momento del conferimento dell'incarico egli debba «informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione». Sebbene il dovere di informativa sia da ritenersi di fondamentale importanza per la conoscenza e la promozione dell'istituto, questo adempimento corre il rischio di rimanere lettera morta se non è accompagnato da una proposta reale da parte dell'avvocato il quale deve percepire e in qualche modo “credere” nelle potenzialità offerte da un procedimento di mediazione, specialmente laddove ravvisi una qualche compatibilità tra gli interessi in contrasto. Talvolta, infatti, l'informativa è vissuta dagli avvocati come un'incombenza burocratica che si sostanzia nel presentare al proprio assistito un modulo prestampato senza che sia accompagnato da alcuna illustrazione.

Tornando al terzo periodo dell'articolo 8, comma I, ci possiamo chiedere quale sia, nella sua applicazione pratica, la vera portata di un siffatto obbligo, in quanto la norma non prevede alcuna sanzione per la sua eventuale violazione. In questo caso, infatti, risulta assai improbabile una declaratoria di improcedibilità per non aver soddisfatto la condizione mentre, possiamo immaginare, l'unica conseguenza

negativa che ne può scaturire è, nel caso del raggiungimento dell'accordo, l'assenza della sottoscrizione *ex* articolo 12, comma I e quindi dell'efficacia esecutiva che andrà invece richiesta al Presidente del Tribunale.

Una lettura attenta della disposizione in analisi ci rivela che la terminologia adoperata dal legislatore non è casuale. A differenza di qualsiasi altra norma processuale, in cui la figura dell'avvocato è generalmente nominato con il sostantivo "difensore" o "procuratore", qui viene definito, appunto, come "avvocato". Anche il ministero che gli viene attribuito in questa fase non è indicato con il termine "difesa" o "rappresentanza" bensì con "assistenza".

Da ciò possiamo dedurre delle conseguenze sia dal punto di vista processuale che da quello del procedimento di mediazione. Per quanto riguarda il primo, se si può affermare che l'affiancamento dell'avvocato in mediazione non richiede la procura alle liti *ex* articolo 83 del Codice di procedura civile, si deve comunque ammettere che, ove la parte abbia rilasciato procura al proprio avvocato per essere rappresentata ed assistita nel procedimento di mediazione, eleggendo domicilio presso il medesimo, non vi sono ostacoli di sorta per ritenere che l'organismo di mediazione debba effettuare ogni comunicazione alla parte presso lo studio dell'avvocato ai sensi dell'articolo 170 c.p.c.³¹³.

Dal punto di vista del procedimento di mediazione possiamo affermare con certezza che l'attività propria dell'avvocato consiste in una mera assistenza di tipo tecnico e razionale all'attività di negoziazione.

È proprio su questo punto che, nonostante la chiarezza della norma, sono intervenute diverse pronunce da parte della giurisprudenza tese a chiarire ulteriormente la tassatività e l'esclusività di questo ufficio. In particolare tali pronunce sono volte ad escludere la facoltà di rappresentare la parte durante l'incontro di mediazione.

In altre parole, l'avvocato non può, in virtù di un normale mandato, sostituire il proprio assistito durante un incontro di mediazione.

³¹³ Cfr. M. MORICONI, *Op. cit.*

Del resto è già stato più volte messo in evidenza come la natura negoziale della mediazione escluda la possibilità che le parti deleghino ad altri la decisione sull'opportunità di come meglio curare i propri interessi personali e patrimoniali³¹⁴.

Poiché la necessità della presenza personale delle parti in mediazione si lega inevitabilmente al tema dell'effettività del tentativo di conciliazione, tra le prime pronunce volte a fare chiarezza sul punto troviamo quelle del Tribunale di Firenze 19 marzo 2014 e le altre già citate nel paragrafo precedente³¹⁵. In seguito, con l'ordinanza del Tribunale di Bologna 11 novembre 2014³¹⁶, si indica anche la sanzione incontro alla quale vanno le parti che decidono di non presenziare agli incontri di mediazione delegando il proprio avvocato. Nella fattispecie, il giudice bolognese osserva che:

- a) «la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro del mediatore siano presenti di persona (anche e soprattutto) le parti: l'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore;
- b) i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità (come peraltro si desume dal fatto che essi, prima della causa, devono fornire al cliente l'informazione prescritta dall'articolo 4, comma III, del D.Lgs. n. 28 del 2010), di talché non avrebbe senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore in vista di una (dunque, inutile) informativa;
- c) l'ipotesi in cui all'incontro davanti al mediatore compaiono i soli difensori, anche in rappresentanza delle parti, non può considerarsi in alcun modo mediazione, come si desume dalla lettura coordinata dell'articolo 5, comma I-bis e dell'articolo 8, che prevedono che le parti esperiscano il (o

³¹⁴ Cfr. E. FANCIULLO, *Op. cit.*, pag. 311.

³¹⁵ Fa eccezione Trib. Palermo, ord. 16 luglio 2014 (M. Ruvolo), cit.: «[...] difficile sostenere che le parti debbano essere personalmente presenti, essendo loro diritto conferire eventualmente una procura di carattere sostanziale ad un altro soggetto (che può pure essere l'avvocato difensore)».

³¹⁶ L'ordinanza è reperibile sul sito internet: <http://www.mondoadr.it/cms/giurisprudenza/lordine-del-giudice-da-ritenersi-osservato-soltanto-caso-di-presenza-della-parte-il-giudice-condanna-la-parte-che-si-presentata-allincontro-di-mediazione.html> (consultato il 24 ottobre 2015).

partecipino al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti (personale o a mezzo di delegato, cioè di soggetto comunque diverso dal difensore)».

Il giudice conclude condannando la parte che non ha presenziato alla mediazione al pagamento «di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, ai sensi dell'articolo 8, comma V, D.Lgs. n. 28 del 2010, come modificato dalla Legge n. 98 del 2013». In questo modo, la sanzione oggi prevista al comma IV-*bis* del medesimo articolo e rivolta alla parte costituita in giudizio che non abbia partecipato al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, viene estesa anche alle parti che non abbiano partecipato personalmente ancorché rappresentate dal proprio avvocato.

Dello stesso orientamento troviamo anche l'ordinanza del Tribunale di Pavia 18 maggio 2015³¹⁷ in cui il giudicante, disponendo la mediazione *iussu iudicis*, afferma che la stessa: «non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti. Giova rilevare - infatti - che l'articolo 5 del D.Lgs. n. 28 del 2010 sia al comma I che al comma II, fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione. In mancanza di tale dualità possono derivare conseguenze sia sul regolamento delle spese del giudizio fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale».

Ancor più dura, nei termini sanzionatori, è la sentenza 9 marzo 2015 del Tribunale di Vasto³¹⁸ che, dopo un'articolata riflessione, dichiara improcedibile la domanda. Il giudice, infatti, dapprima osserva che «nella mediazione è fondamentale la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo di rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i

³¹⁷ L'ordinanza è reperibile sul sito internet:

<http://www.mondoadr.it/cms/giurisprudenza/mediazione-rappresentanza.html> (consultato il 24 ottobre 2015).

³¹⁸ La sentenza è reperibile sul sito internet: <http://mediarensenzaconfini.org/2015/03/12/mediazione-tribunale-di-vasto-9-marzo-2015-lattivita-che-porta-allaccordo-ha-natura-personalissima-e-non-e-delegabile/> (consultato il 24 ottobre 2015).

sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori». Poi, constatando che né la parte attrice né la convenuta si sono presentate personalmente alla procedura di mediazione mentre sono intervenuti soltanto i difensori, non decide di applicare semplicemente le sanzioni previste all'articolo 8, comma IV-*bis*, bensì opta per la declaratoria di improcedibilità della domanda³¹⁹. È ovvio che una tale scelta si giustifica solo laddove anche (o solo) la parte attorea non presenzi all'incontro di mediazione, altrimenti sarebbe consegnato nelle mani del convenuto o del chiamato in causa un facile strumento per ottenere una dichiarazione di improcedibilità da essi certamente ambita.

In conclusione possiamo affermare che l'orientamento delineatosi ed ormai prevalente nella giurisprudenza di merito³²⁰ ricalca ciò che è affermato dalla dottrina più autorevole, ovvero che la presenza dell'avvocato in mediazione è caratterizzata dall'assenza dello *jus postulandi*, la facoltà di proporre domande in giudizio. Del resto l'avvocato, non disponendo del diritto controverso, non può guardare ciò che sta sotto di esso, ciò che è veramente importante per le parti: l'interesse che quel diritto soddisfa, secondo una valutazione che è assolutamente insindacabile e propria esclusivamente dell'interessato. I diritti, infatti, sono tesi a soddisfare dei bisogni e degli interessi (fra i quali rilevano anche quelli non patrimoniali). La scelta di questi

³¹⁹ Come rilevato dall'ordinanza 14 settembre 2015 del Trib. Pavia (reperibile sul sito internet: <http://www.101mediatori.it/sentenze-mediazione/nella-mediazione-civile-non-puo-considerarsi-esperito-il-procedimento-se-partecipa-soltanto-l-avvocato-senza-la-parte-413.aspx> consultato il 24 ottobre 2015), tale impostazione, nel caso di procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo può comportare l'ulteriore sanzione della revoca dell'ingiunzione di pagamento. Sul punto la giurisprudenza non è affatto univoca. A favore della revocabilità si segnalano: Trib. Ferrara, Sent. 7 gennaio 2015, Trib. Rimini, Sent. 5 agosto 2014 (reperibili all'interno dei siti internet precedentemente indicati) e Trib. Varese, Ord. 18 maggio 2012 (reperibile sul sito internet: <http://www.lider-lab.dirpolis.sssup.it/files/2012/11/Trib.-Varese-18.5.2012-onere-di-mediazione-nel-caso-di-opp.-a-decreto-ingiuntivo.pdf> consultato il 26 ottobre 2015). Di segno opposto si segnalano: Trib. Firenze, Sent. 30 ottobre 2014, Trib. Siena, Ord. 25 giugno 2012, Trib. Nola, Sent. 24 febbraio 2015 e Trib. Bologna, Sent. 20 maggio 2015 (reperibili all'interno dei siti internet precedentemente indicati). Il problema, evidentemente, nasce laddove si voglia porre in capo al creditore opposto l'onere di avviare il procedimento di mediazione.

³²⁰ Si vedano anche l'Ordinanza 5 giugno 2014 del Tribunale di Bologna (reperibile sul sito internet: http://www.studiodiconciliazione.it/images/N1/INFORMATIVA_8_2014_tribunale_di_Bologna.pdf consultato il 28 ottobre 2015), l'Ordinanza 23 giugno 2015 del Tribunale di Vasto (reperibile sul sito internet: <http://www.arcadiaconcilia.it/news/54-tribunale-di-vasto-ordinanza-23-6-2015-Il-decalogo-delle-regole-comportamentali-del-mediatore-e-delle-parti-in-mediazione> consultato il 28 ottobre 2015) e l'Ordinanza 21 settembre 2015 del Tribunale di Verona (reperibile sul sito internet: <http://www.101mediatori.it/sentenze-mediazione/opposizione-a-sfratto-improcedibile-se-le-parti-non-si-presentano-personalmente-in-mediazione-417.aspx> consultato il 28 ottobre 2015).

bisogni e interessi è una scelta che può fare soltanto il titolare del diritto in modo sovrano e insindacabile³²¹.

In questo modo il ruolo dell'avvocato non viene depotenziato bensì gli viene attribuita una funzione ancor più aderente alla sua missione. In qualità di consulente legale, egli è chiamato a coadiuvare il proprio cliente nella scelta di ciò che è bene per lui, di ciò che il cliente stesso ricerca e ritiene soddisfacente. Se nel breve periodo un atteggiamento che spinga la parte a rinunciare a lunghi processi aderendo a soluzioni stragiudiziali laddove queste si mostrino davvero soddisfacenti, potrà non ingenerare grandi guadagni, certamente, alla lunga, rivelerà e premierà chi lavora effettivamente nell'interesse dell'assistito e non nel proprio.

³²¹ Cfr. F. P. LUISO, *Op. cit.*, pag. 19.

CONCLUSIONI

La riflessione sui motivi e sull'utilità di introdurre in un ordinamento giuridico come il nostro l'istituto della mediazione c.d. obbligatoria non può prescindere da un'analisi dello sviluppo economico e sociale del nostro Paese. Se dal dopoguerra ad oggi il sistema della giustizia civile è andato sempre più in crisi lo dobbiamo a più fattori. L'esaltazione e la centralizzazione dei diritti del singolo hanno fatto sì che aumentasse effettivamente la consapevolezza di ciascuno verso i propri diritti e conseguentemente anche la richiesta di un'adeguata tutela. Un altro fenomeno fondamentale riguarda certamente lo sviluppo delle comunicazioni, dei trasporti e delle transazioni economiche, fattori che hanno causato un aumento esponenziale di rapporti giuridici. Concludere un contratto oggi giorno è un'operazione abitudinaria e quotidiana che è eseguibile da chiunque e con modalità estremamente facilitate (si pensi al caso del contratto concluso a distanza con registrazione telefonica o su internet). Questo incremento di rapporti giuridici ha comportato a sua volta un aumento delle situazioni patologiche ad essi afferenti, aumento che un sistema giurisdizionale come il nostro non riesce a sostenere.

In un contesto del genere non appare assurda l'idea per la quale una mole tanto grande di controversie, spesso originate nell'ambito di una contrattazione o all'interno di preesistente rapporto, debba prima affrontare una fase finalizzata alla ricerca di un componimento degli interessi in gioco.

Pur rimanendo immutato l'argine di garanzia offerto dalla giurisdizione statale, con la previsione della mediazione obbligatoria si crea un nuovo ed aggiuntivo "sistema giustizia", un sistema poliedrico che offre una molteplicità di percorsi diversamente orientati e organizzati, ma tutti finalizzati alla composizione stragiudiziale delle controversie. Un sistema, inoltre, che sarà percepito e ritenuto tanto più "giusto" quanto più aderente alla volontà delle parti e non ad una certa norma.

Pare quindi anacronistico, oltre che in conflitto con la tendenza generale, in ambito europeo, a promuovere lo sviluppo di meccanismi di *ADR*, assumere posizioni pregiudizialmente sfavorevoli all'istituto, che pure può senz'altro conoscere qualche ulteriore e più appropriato correttivo³²².

Lo sguardo gettato all'evoluzione che ha avuto l'istituto della mediazione e agli ultimi sviluppi normativi varati nel nostro ordinamento, ci ha mostrato un recupero della dimensione facilitativa della mediazione tale da renderla più aderente alla concezione dell'istituto che si è diffusa nell'area europea.

Abbiamo visto come, in una siffatta tipologia di mediazione, al centro del procedimento vi siano non i diritti ma i bisogni e gli interessi sottostanti alle rispettive pretese. Se questi bisogni e interessi risulteranno compatibili e il mediatore saprà creare un efficace varco comunicativo tra le parti, la soluzione che ne potrebbe conseguire sarebbe di gran lunga più apprezzabile per le parti, in quanto esse vedrebbero soddisfatti i propri interessi.

Per rendere plausibile tutto ciò, elemento imprescindibile è la volontà delle parti di venirsi incontro, di “aprire” a possibili soluzioni, transazioni o anche solo a comunicare reciprocamente. In questo senso, la normativa attuale sembra dare un maggiore rispetto e uno spazio più effettivo alla volontà delle parti. Tuttavia, le mosse attuate da legislatore non hanno affatto aumentato l'autonomia del procedimento di mediazione da quello giurisdizionale, anzi, possiamo definire la mediazione uscita dal novellato D.Lgs n. 28 del 2010 come una fase pienamente preprocessuale o endoprocessuale. La previsione dell'assistenza obbligatoria dell'avvocato, in questo senso, ne costituisce l'ultima e più importante conferma.

Dall'analisi effettuata, il dato che sembra più preoccupare è quello relativo all'effettiva utilità del primo incontro, così come è stato strutturato a seguito del “Decreto del fare”: se la logica era quella di incentivare una più agevole adesione alla procedura da parte del soggetto invitato, pare che il risultato sia invece quello di

³²² Cfr. Leonardo BUGIOLACCHI, *La mediazione obbligatoria nelle controversie civili e commerciali dopo la conversione in legge del “Decreto Letta”*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 2014, pp. 349 e seguenti.

agevolarne l'uscita dalla procedura, con frustrazione evidente delle possibilità conciliative³²³.

Altro punto controverso, sempre in riferimento alla centralità della volontà delle parti, rimane la sanzione prevista all'articolo 13 del Decreto esaminato, il quale, nel caso di coincidenza tra la decisione del giudice e la proposta del mediatore, pone in capo alla parte vincitrice in giudizio, ma che aveva rifiutato la proposta di conciliazione, le spese processuali e di mediazione sostenute dalla parte soccombente e il pagamento di una somma corrispondente al contributo unificato già pagato. Tale previsione è un chiaro residuo della concezione aggiudicativa dell'istituto, nel quale le parti sono forzate (anziché convinte) ad accettare la proposta risolutiva.

È lecito chiedersi, a questo punto, quanto il regime di obbligatorietà imposto dalla normativa riesca ad affermare in modo completo e radicato l'uso della mediazione³²⁴. Sradicare dalla mentalità comune una cultura inutilmente e costosamente litigiosa, per innestare un'altra, fondata sul dialogo e sulla ragionevolezza delle parti in disputa, è un obiettivo ambizioso e per raggiungerlo sono necessari due generi di forze che il legislatore ha messo in campo: una spinta impulsiva e una forza attrattiva.

Con il presente studio abbiamo dato atto degli sforzi volti ad esercitare tale impulso, tuttavia, gli obblighi e le veicolazioni previste dalle norme processuali analizzate, da sole, possono operare ben poco, così come ben poco possono operare, da sole, le agevolazioni previste dallo stesso Decreto. Come noto, infatti, il Decreto n. 28 del 2010 contiene anche dei vantaggi che rendono la mediazione "più conveniente". Si tratta di misure fra le quali troviamo l'esecutività conferita al verbale di conciliazione prevista all'articolo 12, le agevolazioni fiscali di cui all'articolo 17, il riconoscimento di un credito d'imposta in caso di successo della mediazione previsto all'articolo 20, il riconoscimento di adeguate garanzie e tutele relative alla riservatezza del procedimento e all'inutilizzabilità delle informazioni acquisite durante tutta la fase dinanzi al mediatore (articoli 9 e 10). Queste agevolazioni, che valgono per qualunque tipo di mediazione, quindi anche per quella facoltativa, costituiscono l'altro braccio dell'operazione, attraverso il quale si tenta di

³²³ Cfr. *ibidem*.

³²⁴ Cfr. M. CICOGNA ed altri, *Op. cit.*, pag. 11.

rendere più accattivante e conveniente la via stragiudiziale. Nella fase applicativa dell'istituto possiamo ben vedere che questi vantaggi offerti dal legislatore non sono sufficienti ad affermare la mediazione come una rilevante alternativa alla giurisdizione statale, occorrono bensì quelle spinte e quei passaggi obbligati appena vagliati, che portino il soggetto coinvolto ad una riflessione seria ed una valutazione oggettiva. Alla certezza che entrambi gli sforzi siano indispensabili per vedere definitivamente affermata la tanto auspicata cultura della mediazione si aggiunge la convinzione che su entrambi i fronti si sarebbe potuto fare di più e di meglio.

Possiamo dunque affermare, anche alla luce dei dati analizzati, che le potenzialità e le opportunità offerte da questo strumento extragiudiziale, rispetto a quando è stato approvato il D.Lgs. n. 28 del 2010, sono più diffuse ed apprezzate ma vi è ancora molto da investire nei vari ambiti analizzati, primo fra tutti la formazione e il ruolo dei tecnici del diritto, avvocati e magistrati, attraverso la quale passerà la definitiva affermazione e concretizzazione dell'istituto.

ELENCO DELLE FONTI NORMATIVE

Normativa europea

Direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993 (93/13/CEE), concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (*Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 21 aprile 1993).

Libro Verde della Commissione europea, del 16 novembre 1993 (576/93/COM) relativo all'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico.

Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 n. 257 (98/257/CE), riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (*Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 17 aprile 1998).

Risoluzione del Consiglio dell'UE del 25 maggio 2000 (2000/C 155/01) relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (*Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 6 giugno 2000).

Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001, n. 310 (2001/310/CE) sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (*Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 19 aprile 2001).

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, n. 22 (2002/22/CE) relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (*Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 24 aprile 2002).

Libro Verde della Commissione europea del 19 aprile 2002 (196/2002 COM) relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, n. 52 (2008/52/CE) relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (*Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 24 maggio 2008).

Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI) sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali.

Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in materia civile, commerciale e familiare.

Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, n. 11 (2013/11/UE) sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), (*Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 18 giugno 2013).

Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 21 maggio 2013, n. 524 relativo alla risoluzione delle controversie online dei

consumatori, modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori), (*Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 18 giugno 2013).

Normativa italiana

Legge 15 giugno 1893, n. 295 - Istituzione del “Collegio dei Probiviri”.

Regio Decreto 26 febbraio 1928, n. 471 - Norme per la decisione delle controversie individuali del lavoro (G.U. n. 69 del 22 marzo 1928).

Regio Decreto 21 maggio 1934, n. 1073 - Approvazione del testo unico delle leggi sui Consigli provinciali dell'economia corporativa e sugli Uffici provinciali dell'economia corporativa (G.U. n. 299 del 21 dicembre 1934).

Legge 2 marzo 1963, n. 320 - Disciplina delle controversie innanzi alle Sezioni specializzate agrarie (G.U. n. 86 del 30 marzo 1963).

Legge 11 agosto 1973, n. 533 - Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie (G.U. n. 237 del 13 settembre 1973).

Legge 27 luglio 1978, n. 392 - Disciplina delle locazioni di immobili urbani (G.U. n. 211 del 29 luglio 1978).

Legge 3 maggio 1982, n. 203 - Norme sui contratti agrari (G.U. n. 121 del 5 maggio 1982).

Legge 11 maggio 1990, n. 108 - Disciplina dei licenziamenti individuali (G.U. n. 108 dell'11 maggio 1990).

Legge 26 novembre 1990, n. 353 - Provvedimenti urgenti per il processo civile (G.U. n. 281 del 1 dicembre 1990 - Suppl. Ordinario n. 76).

Legge 21 novembre 1991, n. 374 - Istituzione del giudice di pace (G.U. n. 278 del 27 novembre 1991 - Suppl. Ordinario n. 76).

Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 - Razionalizzazione dell'organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della Legge 23 ottobre 1992, n. 421 (G.U. n. 30 del 6 febbraio 1993 - Suppl. Ordinario n. 14).

Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 - Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (G.U. n. 230 del 30 settembre 1993 - Suppl. Ordinario n. 92).

Legge 29 dicembre 1993, n. 580 - Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (G.U. n. 7 dell'11 gennaio 1994 - Suppl. Ordinario n. 6).

Legge 14 novembre 1995, n. 481 - Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (G.U. n. 270 del 18 novembre 1995 - Suppl. Ordinario n. 136).

Legge 31 luglio 1997, n. 249 - Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo (G.U. n. 177 del 31 luglio 1997 - Suppl. Ordinario n. 154).

Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 - Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma IV, della Legge 15 marzo 1997, n. 59 (G.U. n. 82 dell'8 aprile 1998 - Suppl. Ordinario n. 65).

Legge 18 giugno 1998, n. 192 - Disciplina della subfornitura nelle attività produttive (G.U. n.143 del 22 giugno 1998).

Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 - Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (G.U. n. 106 del 9 maggio 2001 - Suppl. Ordinario n. 112).

Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 - Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della Legge 3 ottobre 2001, n. 366 (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003 – Suppl. Ordinario n. 8).

Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 - Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla Legge 14 febbraio 2003, n. 30 (G.U. n. 235 del 9 ottobre 2003 - Suppl. Ordinario n. 159).

Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 - Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della Legge 14 febbraio 2003, n. 30 (G.U. n. 110 del 12 maggio 2004).

Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 - Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della Legge 29 luglio 2003, n. 229 (G.U. n. 235 dell'8 ottobre 2005 - Suppl. Ordinario n. 162).

Decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle assicurazioni private (G.U. n. 239 del 13 ottobre 2005 - Suppl. Ordinario n. 163).

Decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 - Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi I e II, della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 (G.U. n. 253 del 30 ottobre 2007).

Legge 18 giugno 2009, n. 69 - Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile (G.U. n. 140 del 19 giugno 2009 - Suppl. Ordinario n. 95).

Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 - Attuazione dell'articolo 60 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (G.U. n. 53 del 5 marzo 2010; entrato in vigore il 20 marzo 2010).

Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 - Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione,

nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (G.U. n. 258 del 4 novembre 2010).

Legge 4 novembre 2010, n. 183 (“Collegato lavoro”) - Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro (G.U. n. 262 del 9 novembre 2010 - Suppl. Ordinario n. 243).

Decreto del Ministero della Giustizia 6 luglio 2011, n. 145 - Regolamento recante modifica al Decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del Decreto legislativo n. 28 del 2010 (G.U. n. 197 del 25 agosto 2011).

Legge 14 settembre 2011, n. 148 - Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari (G.U. n. 216 del 16 settembre 2011).

Decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 - Disposizioni complementari al Codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della Legge 18 giugno 2009, n. 69 (G.U. n. 220 del 21 settembre 2011).

Legge 11 dicembre 2012, n. 220 - Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici (G.U. n. 293 del 17 dicembre 2012).

Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 (“Decreto del fare”) - Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia (G.U. n. 144 del 21 giugno 2013 - Suppl. Ordinario n. 50).

Legge 9 agosto 2013, n. 98 - Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia (G.U. n. 194 del 20 agosto 2013 - Suppl. Ordinario n. 63).

Fonti ministeriali

Circolare 4 aprile 2011 - Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti.

Circolare 20 dicembre 2011 - Interpretazione misure correttive Decreto interministeriale n. 145/2011.

Circolare 27 novembre 2013 - Entrata in vigore dell'art. 84 del D.L. 69/2013 come convertito dalla L. 98/2013 recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, che modifica il D.Lgs. 28/2010. Primi chiarimenti.

BIBLIOGRAFIA

AAVV., *La mediazione e la conciliazione: opinioni a confronto*, Napoli, Gruppo editoriale Esselibri - Simone, 2011.

AA.VV., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013, a cura di Gianluca FALCO e Giulio SPINA*, Milano, Giuffrè, 2014.

ALPA Guido e CLARIZIA Angelo (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno, n.192*, Milano, 1999.

ALPA Guido e DANOVI Remo (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, Giuffrè editore, 2004.

ARIELLI Emanuele e SCOTTO Giovanni, *Conflitti e mediazione. Introduzione a una teoria generale*, Milano, Bruno Mondadori editore, 2003.

BATTISTA VALLETTA G., *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, Torino, 1723.

BESSO Chiara (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, Giappichelli editore, 2010.

BONA Marco, *La contro-mediazione nella R.C. medica e nella R. C. auto*, Dogana (Repubblica di San Marino), Maggioli editore, 2011.

BORSARI Luigi, *Il Codice italiano di procedura civile, annotato dal cavaliere Luigi Borsari*, Torino – Napoli, Unione tipografico-editrice, 1869.

BUFFONE Giuseppe, *Diritto processuale della mediazione*, in Giur. di merito, fasc. 10, 2011.

BUGIOLACCHI Leonardo, *La mediazione obbligatoria nelle controversie civili e commerciali dopo la conversione in legge del “Decreto Letta”*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc. 1, 2014.

CICERONE M. T., *M. Tullii Ciceronis Epistolæ ad diversos*, Volume 2, A.J. VALPY, 1830.

CICERONE M. T., *M. Tvllii Ciceronis Opera omnia*, a cura di Johann August ERNESTI, Wells et Lilly, 1815.

CICOGNA Michelangelo ed altri, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli editore, 2010.

COMOGLIO Luigi Paolo ed altri, *Commentario del Codice di procedura civile. Volume I - artt. 1-98*, Torino, UTET Giuridica, 2012.

CORRADINO Michele e STICCHI DAMIANI Saverio, *ADR e mediazione*, Torino, Giappichelli editore, 2012.

COSTA Emilio, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, Zanichelli, 1927.

CUOMO ULLOA Francesca, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, Wolters Kluwer Italia, 2008.

D'AGOSTINI Ornella, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Halley Editrice, 2006.

DE NOVA Giorgio (a cura di), *La subfornitura*, Ipsoa, Milano, 1998.

DEL BUONO Nicola, *Lezioni sulle antichità romane*, Napoli, Da' Torchi della Società Filomatica, 1856.

DE PALO Giuseppe, D'URSO Leonardo e GOLANN Dwight, *Manuale del mediatore professionista. Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali*, seconda edizione, Milano, Giuffrè editore, 2010.

ELIANO CLAUDIO, *Aeliani Variae Historiae*, Claudium Larjot, 1628.

FALCON Giandomenico (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, a cura di, Milano, CEDAM, 2010.

FAVA Pasquale, *Il contratto*, Milano, Giuffrè editore, 2012.

FISCHER Roger, URY William e PATTON Bruce, *L'arte del negoziato* (1981), Cles (TN), Casa editrice Corbaccio, 2014.

GARBAGNATI Luigi, *Giurisprudenza agraria*, Volume I, Milano, Giuffrè editore, 2007.

GARBAGNATI Luigi, NICOLINI Massimo e CANTÙ Cristina, *I contratti agrari: rassegna di giurisprudenza sulle Leggi 3 maggio 1982, n. 203 e 14 febbraio 1990*, seconda edizione, Milano, Giuffrè editore, 2007.

GIACOMELLI Sibilla (a cura di), *La via della conciliazione*, Cesano Boscone (MI), IPSOA editore (per UnionCamere Toscana), 2003.

GIORDANO Antonina, *La mediazione nei Paesi europei. Profili comparatistici tra i diversi modelli*, Roma, ARACNE editrice, ottobre 2013.

LAMPATO Paolo (redattore e editore), *Il Gondoliere – Giornale di scienze, lettere, arti, mode e teatri*, Volume III, Venezia, 1836.

LAZZARO Fortunato e MUCCI Roberto, *La semplificazione dei riti e le recenti riforme del codice*, Milano, Giuffrè editore, 2012.

LUISO Francesco Paolo, *Diritto processuale civile – La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, settima edizione, Milano, Giuffrè, 2013.

MAIETTA Angelo (a cura di), *La nuova mediazione civile e commerciale*, Trento, CEDAM, 2014.

MANCINI Pasquale Stanislao, PISANELLI Giuseppe e SCIALOJA Antonio, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi: con la comparazione*

degli altri Codici Italiani, e delle principali legislazioni straniere, Volume I, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1855.

MASONI Roberto, *Mediazione e processo: rassegna della prima giurisprudenza edita*, in *Giur. di merito*, fasc. 5, 2012.

MORTARA Lodovico, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, volume III, terza edizione, Milano, s.d..

NASCOSI Alessandro, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

NICOSIA S. Paolo, *La tutela extragiudiziale degli interessi: Negoziazione, conciliazione, mediazione e arbitrato*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2002.

PELLEGRINI Stefania, *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*, Milano, Giuffrè editore, 2008.

PLATONE, *Le Leggi*, traduzione di Franco Ferrari e Silvia Poli, Milano, Bureau, 2007.

PLUTARCO, *Le vite degli uomini illustri*, V. Crescini, 1816

RICCI Francesco, *Commento al codice di procedura civile italiano*, volume I, Firenze, 1886.

SACCO Fabio, *La mediazione nel contesto europeo*, s.l., Lulu editore, 2013.

SANTAGADA Filomena, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, Cacucci ed., 2008.

SANTAGADA Filomena, *La mediazione*, Torino, Giappichelli editore, 2012.

SOCCI Angelo Matteo, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Milano, Giuffrè editore, 2011.

SOLDATI Nicola (a cura di), *La nuova mediazione e conciliazione*, Milano, Gruppo24ore, 2010.

STICCHI DAMIANI Saverio, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.3-4, 2003.

TROCKER G. Nicolò e DE LUCA Alessandra (a cura di), *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2001.

UZQUEDA Ana e FREDIANI Paolo, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, Giuffrè editore, 2002.

VERGA Raffaella e MARINELLI Damiano, *L'arte della mediazione*, Milano, FrancoAngeli editore, 2013.

ZANCHINI Francesco (a cura di), *Solvere et ligare. Prospettive di soluzione giudiziale e stragiudiziale dei conflitti - Vol. I*, Milano, Giuffrè editore, 2005.

SITOGRAFIA

AA.VV., *La clausola di mediazione a tutela dei commercialisti e degli organi di controllo societario*, studio curato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, maggio 2012.

<http://www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=6216b245-9ec4-430e-927e-803bce55a4d3>

CALCAGNO Carlo Alberto, *ADR nel Nord degli Stati Uniti ed adempimenti degli avvocati neutri e degli accompagnatori alle procedure*, s.d..

<https://mediaresenzaconfini.files.wordpress.com/2012/10/adr-nel-nord-adr-stati-uniti-e-neutri.pdf>

Carlo Alberto CALCAGNO, *ADR obbligatorio in Italia e all'estero*, 2012.

<https://mediaresenzaconfini.files.wordpress.com/2012/01/adr-obbligatorio-in-italia-e-allestero.pdf>

CALCAGNO Carlo Alberto, *La conciliazione ed i conflitti multi parte in materia di successione e divisione*, articolo pubblicato il 23 ottobre 2010.

<http://www.filodiritto.com/articoli/2010/10/la-conciliazione-ed-i-conflitti-multi-parte-in-materia-di-successione-e-divisione/>

CARBONE Ferdinando, *Sulla condizione di procedibilità della domanda giudiziale in caso di mediazione ex lege ovvero ex officio iudicis*, articolo pubblicato il 12 novembre 2014.

<http://www.deconflict.eu/mediazione/sulla-condizione-di-procedibilita-della-domanda-giudiziale-in-caso-di-mediazione-ex-lege-ovvero-ex-officio-iudicis.php>

CARPI Angela, *Brevi riflessioni sulla mediazione in Cina*.

http://amsacta.unibo.it/3928/1/Angela_Carpi_Mediazione_in_Cina.pdf

CIACCIA Ghigo Giuseppe “*Criticità e peculiarità della mediazione di condominio. Poteri e facoltà dell’amministratore di condominio in relazione alla mediazione*”, video della relazione tenuta al Convegno “*Compagnie assicurative in mediazione*” realizzato presso la Camera di Commercio di Lucca il 13 aprile 2012.

<https://www.youtube.com/watch?v=QzIwjIe8Trw>

DE LUCA PICIONE Mario, *Cenni storici sulle ADR*, in “*Temi Romana*”, quadrimestrale dell’ordine degli avvocati di Roma, anno LVII, n. 1-3, (Speciale media conciliazione, gennaio-dicembre 2010).

<http://www.ordineavvocati.roma.it/Documenti/temi%20romana-1-3-2010.pdf>

FANCIULLO Erminia, *La disciplina italiana della mediazione nell’ottica del legislatore europeo*, 2014.

<http://dspace.unict.it:8080/bitstream/10761/1622/1/FNCRMN82T60G309Z-Erminia%20Fanciullo%20Tesi%20di%20Dottorato%20LA%20DISCIPLINA%20ITALIANA%20DELLA%20MEDIAZIONE%20NELL%20OTTICA%20DEL%20LEGISLATORE%20EUROPEO.pdf>

MATTEUCCI Giovanni, *Cenni storici sulla mediazione - Short history of mediation*, 2014.

[http://www.academia.edu/8642790/Cenni_storici_sulla_mediazione -
_Short_history_of_mediation](http://www.academia.edu/8642790/Cenni_storici_sulla_mediazione_-_Short_history_of_mediation)

MORICONI Massimo, *Un primo bilancio di mediazione delegata presso la sezione distaccata di Ostia*, articolo pubblicato il 16 dicembre 2011.

<http://www.mondoadr.it/cms/articoli/un-primo-bilancio-di-mediazione-delegata-presso-la-sezione-distaccata-di-ostia.html>

RAFFAELE Federico, *L'Arbitro bancario finanziario*, pubblicato su *Consumatori, diritti e mercato*, n. 1/2011.

<http://www.consumatoridirittimercato.it/wp-content/uploads/2012/12/2011-01-l-arbitro-bancario-finanziario-consumatori-diritti-e-mercato-16-n537520.pdf>

SPINA Giulio, *La clausola di mediazione con particolare riferimento ai contratti di appalto e franchising*, pubblicato in *La Nuova Procedura Civile*, 3 giugno 2013.

http://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2013/06/Spina_mediazione_clausola.pdf

TALARICO Maria, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle telecomunicazioni: alcuni rilievi critici*.

<http://www.personaedanno.it/telecomunicazioni/il-tentativo-obbligatorio-di-conciliazione-nel-settore-delle-telecomunicazioni-alcuni-rilievi-critici-maria-talarico>

VIOLA Luigi, *La domanda di mediazione deve essere simmetrica a quella giudiziale*, articolo pubblicato il 20 marzo 2012.

http://www.altalex.com/documents/news/2012/03/30/la-domanda-di-mediazione-deve-essere-simmetrica-a-quella-giudiziale#_ftn8

Altri siti consultati:

<http://www.101mediatori.it>

<http://www.adrintesa.it>

<http://www.arcadiaconcilia.it>

<https://www.camera-consob.it>

<http://www.cortecostituzionale.it>

<http://curia.europa.eu>

<http://www.dirittoegiustizia.it>

<https://e-justice.europa.eu>

<http://eur-lex.europa.eu>

<https://www.giustizia.it>

<http://giustiziaincifre.istat.it>

<http://www.iusexplorer.it/>

<http://www.judicium.it/index.php>

<http://www.jusdicere.it>

<http://www.lider-lab.sssup.it/lider/>

<http://www.mcmmediazione.com>

<http://mediate.com>

<http://osservatoriomediazioneecivile.blogspot.it>

<http://www.studiodiconciliazione.it>

<https://webstat.giustizia.it>